

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

TITULO DE LA TESIS

“El Tratamiento del Abuso de Posición de Dominio a nivel de Integraciones Regionales: De la Comunidad Andina y la Unión Europea hacia la Alianza del Pacífico (2000-2012)”

Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa

AUTOR

Saulo Yenski Peralta Franzis

ASESOR

Herbert Eduardo Tassano Velaochaga

JURADO

Vicente Alberto Cairampoma Arroyo

Herbert Eduardo Tassano Velaochaga

Alejandro Martín Moscol Salinas

LIMA – PERÚ

2015

SINOPSIS

El fin de la Segunda Guerra Mundial dio paso al desarrollo de Integraciones Regionales a nivel Global, cuya complejidad varía según el nivel de fusión entre economías muy heterogéneas. Con sus venturas y desventuras, parece inexorable que los países busquen pertenecer a un bloque de Integración Económica.

Este fenómeno impulsa la generación de mercados ampliados, que rebasan sus fronteras geográficas domésticas, alterando sus sistemas de equilibrio, por el ingreso de nuevos agentes económicos en expansión, llevando el tema del Abuso de *Posición de Dominio* del plano doméstico al Regional.

El presente estudio comparado se circunscribe, a las experiencias de integración en Europa y América, revisando simultáneamente, la expansión del Abuso de Posición de Dominio.

Partimos con la experiencia de la Unión Europea, que ha desarrollado, la prohibición y sanción de esta conducta, que afecta el comercio intrarregional.

El escenario lo estructuramos en base al clásico Derecho de la Competencia Norteamericano, estudiado en la economía como Competencia Imperfecta, siendo un vértice a la casi inevitable concentración de poder económico.

En América, específicamente, en la Comunidad Andina, se han realizado esfuerzos, contra los Estados miembros que han alterado las condiciones del mercado, sin embargo podemos rescatar que ha evolucionado, con una proyección alentadora.

Otro punto que complementa el planteamiento desarrollado, es la existencia de una relación estrecha entre la competencia y las políticas de comercio internacional. Es así que del enorme crecimiento de los acuerdos comerciales, se ha desarrollado un escenario complejo, vinculado a las disparidades y superposición en las regulaciones de dichos acuerdos.

La novísima Alianza del Pacífico es un sistema en construcción, para su estudio se ha agregado las experiencias de Chile y México, ambos con un sistema de protección de la competencia eficiente, impulsado principalmente por los procesos de integración de estos Estados, haciéndolos más competitivos.

Por último destacamos a la escuela Norteamericana, revisando la intervención del Estado en el mercado, tratando de corregir sus fallas, sobre el intento de las empresas que intentan alcanzar poder monopólico, perjudicando al consumidor y sobre todo, excluir a las empresas competidoras produciendo distorsiones en el mercado.



A Rosita por ser mi soporte indesmayable,
y a Geni por ser el ejemplo que siempre
trato de seguir.

Agradecimientos

La presente investigación no hubiera sido posible sin el exigente escrutinio del Dr. Hebert Eduardo Tassano Velaochaga y al extenuante rigor metodológico del Dr. Bruno Edoardo Debenedetti Luján.

De igual forma mi más profundo agradecimiento a:

Dr. Oscar Corvalán Aracena, Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, miembro del estudio de abogados de Plaza, Hadwa, Rudolph & Cía. a cargo del Área Competition and Trade, de Santiago de Chile.

Dr. Sergey Ripinsky Research Fellow in International Law British Institute of International and Comparative Law, Inglaterra.

Dr. Stefan Weishaar, Associate Prof. Law and Economics, University of Groningen, Holanda.

Dra. Cintia Díaz. Silveira, Profesora. Titular de Derecho Internacional, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, España.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

SECCIÓN PRIMERA

EL TRATAMIENTO DEL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO EN LA UNIÓN EUROPEA

1.1.	Evolución de tratamiento de la Posición de dominio en la Unión europea	18
1.2.	La Jurisprudencia relevante sobre la Posición de Dominio	19
1.2.1.	La conducta prohibida.....	19
1.2.2.	Los sujetos: Las Empresas	19
1.2.3.	El Mercado de Producto.....	20
1.2.3.1.	El Caso United Brands / Comisión, asunto 27/76 - El Mercado de Producto.....	20
1.2.3.2.	Caso Michelin /Comisión, asunto 322/81 - El Mercado de Producto	22
1.2.4.	El Mercado Geográfico	24
1.2.4.1.	El Caso United Brands / Comisión, asunto 27/76 - El Mercado Geográfico	25
1.2.5.	Poder de mercado	25
1.2.5.1.	El Caso United Brands / Comisión, asunto 27/76 - Poder de mercado	25
1.2.5.2.	El Caso Hoffmann-La Roche / Comisión, asunto 85/76 - Poder de mercado	26
1.2.6.	El Abuso.....	27
1.2.6.1.	El Caso Europemballage Corporation y Continental Can Company/ Comisión Asunto 6/72 - Explotación y prácticas anticompetitivas	27
1.2.6.2.	El Caso Hoffmann-La Roche / Comisión, asunto 85/76 Explotación y prácticas anticompetitivas	28
1.2.7.	Posición de domino conjunta.....	29
1.2.7.1.	Caso Compagnie Maritime Belge Transports y Otros / Comisión.....	29
1.3.	Comentarios Finales a la Sección Primera	30

SECCIÓN SEGUNDA**TRATAMIENTO DEL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO EN LA COMUNIDAD ANDINA**

2.1.	La Jurisprudencia relevante sobre la Posición de Dominio	34
2.2.	Caso Gobierno de Colombia contra PEQUIVEN	34
2.3.	Caso IMEZUCAR contra CIAMSA	36
2.4.	Caso BOPP contra PROPILCO y PROPILVEN	37
2.5.	Caso Gobierno de Bolivia contra Del Llano S.A	38
2.6.	Caso Confederación Nacional de Palmicultores y Empresas de Palma Aceitera del Perú (Industrial del Espino S.A., Industrial Alpamayo S.A., Alicorp S.A. y Ucisa S.A.) contra Palmicultores Colombianos	39
2.6.1.	Mercados relevantes	39
2.6.1.1.	Productos objeto de la práctica	40
2.6.1.2.	Producto afectado por la práctica	40
2.6.2.	Comercio entre Colombia y Perú	40
2.6.3.	Demanda doméstica en Perú	41
2.6.4.	Mercados relevantes identificados	41
2.6.5.	El Fondo de Estabilización de los Precios del Palmiste, del Aceite de Palma y sus Fracciones (en adelante “Fondo”)	41
2.6.6.	La Práctica que es objeto de investigación	42
2.6.6.1.	La naturaleza de la práctica:	42
2.6.7.	Perjuicio a la producción nacional Peruana	43
2.7.	Comentarios Finales a la Sección Segunda	44

SECCIÓN TERCERA**LA POSICIÓN DE DOMINIO EN LOS MERCADOS AMPLIADOS Y PAÍSES DE LA COMUNIDAD ANDINA**

3.1	Niveles de integración o mercados ampliados	47
3.1.1	El Área de Libre Comercio (tratados de libre Comercio)	47
3.1.2	Unión Aduanera	48
3.1.3	Mercado común	49

3.1.4	Unión Económica	49
3.1.5	Unión Política.....	49
3.2	Influencia de los mercados ampliados en la competencia.....	53
3.3	La Comunidad Andina y la Unión Europea, como acuerdos internacionales con objetivos de armonización	53
3.4	Visión comparada de los enfoques sobre posición de dominio a través de Casos emblemáticos en los países de la Comunidad Andina	54
3.4.1	El Caso Colanta	54
3.4.1.1	Mercado relevante:	54
3.4.1.2	Mercado Geográfico:	55
3.4.1.3	Barreras de entrada.....	55
3.4.2	El Caso Talma	56
3.4.2.1	Determinación del Mercado Relevante.....	57
3.4.2.2	Producto o servicio relevante.	57
3.4.2.3	Mercado Geográfico:	58
3.4.3	El Caso Cenemosa.....	60
3.4.3.1	Mercado relevante	60
3.4.3.2	Integración vertical	60
3.5	Comentarios Finales a la Sección Tercera	61

SECCIÓN CUARTA LA ALIANZA DEL PACÍFICO

4.1	El Abuso de Posición de Dominio en Chile	65
4.1.1	Caso AGIP contra IANSA (mercado del azúcar)	66
4.1.2	Philip Morris contra Chiletabacos	67
4.1.3	Comercial Arauco Ltda. contra de Distribución y Servicio D&S S.A. y Hipermercado Valdivia Ltda.	68
4.2	El Abuso de Posición de Dominio en México	70
4.2.1	Productora y Comercializadora de Televisión SA de CV Mercado relevante: servicios de televisión restringida por cable	71
4.2.2	Alestra y Avantel contra Telmex	73

4.2.3	Caso Telecable Centro Occidente (TCCO) contra Televisa	74
4.3	Comentarios Finales a la Sección Cuarta	75

SECCIÓN QUINTA

CRITERIOS Y MÁRGENES EN EL DESARROLLO DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO (LA ESCUELA NORTE AMERICANA)

5.1	La economía de la exclusión	78
5.1.1	El Caso Lorain Journal Company v. United States	78
5.2	Análisis clásico de las conductas de exclusión	80
5.2.1	El caso Estados Unidos contra Aluminum Company of America (Alcoa)	80
5.2.1.1	Definición de Mercado	80
5.2.1.2	La Conducta de ALCOA	81
5.2.2	El legado del Caso ALCOA	82
5.3	El Análisis económico en el proceso de la definición de mercado mediante la elasticidad cruzada de la demanda	83
5.3.1	Estados Unidos contra. E.L. Du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377 (1956)	84
5.4	Desarrollo contemporáneo del abuso de posición de dominio	87
5.4.1	Conducta de exclusión de la competencia (no basada en precios)	87
5.4.1.1	El Caso Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp. (1985)	87
5.4.2	Precios Predatorios	88
5.4.2.1	El Caso Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp. (1993)	89
5.4.3	Compresión de Márgenes (Price Squeeze o Margin Squeeze)	89
5.4.3.1	El caso Bonjorno v. Kaiser Aluminium & Chemical Corp.	90
5.4.4	Comportamiento oligopolista	90
5.4.4.1	El Caso E.I Du Pont de Nemours & Co. V. FTC	91
5.4.5	La tentativa de monopolización	92
5.4.5.1	El Caso Spectrum Sports, INC. V. Mcquillan	92
5.5	Comentarios Finales a la Sección Quinta	93
	CONCLUSIONES	95
	Bibliografía Consultada	98

INTRODUCCIÓN

Siempre surge la pregunta del porqué un estudio comparado, comenzamos afirmando que cualquier estudio de derecho comparado, en este caso, de los sistemas de Derecho de la Competencia en materia de posición de dominio, nos lleva a observar y comprender nuestro propio sistema, ampliando nuestra visión de este modelo. Si estamos expuestos solamente a nuestro sistema legal, corremos el riesgo de asumir las características de nuestro propio medio, como única vía de solución o salida natural a los problemas suscitados. La Comparación nos lleva a evaluar **críticamente** nuestro sistema, no solamente a analizar con mayor claridad, lo que nuestra normatividad dice, sino, sobre todo, a lo que no dice en materia de posición de dominio.

Afirmamos también que, el sistema comparado nos lleva a una **reconstrucción y reingeniería** de nuestro propio sistema, esto es importante, para tener en cuenta los aciertos de otros sistemas y al mismo tiempo evitar repetir los errores de otras realidades.

Por último, organismos internacionales, como la **Unión Europea**, cuyos casos seguimos como atención en este estudio, utilizan este método para poder construir un sistema de defensa de la competencia, más coherente y flexible que exige el mundo actual ante el fenómeno de la globalización.

Los Antecedentes del Abuso de Posición de Dominio en la Unión Europea se encuentran en el artículo 102¹ del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

¹

Artículo 102 (antiguo artículo 82 TCE)

Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

(antes Tratado constitutivo de la Comunidad Europea)². Hace referencia a la explotación abusiva de una posición dominante, de una sola empresa; esto ha sido superado, actualmente se puede afirmar que el abuso puede provenir de varias empresas conjuntamente.

Se complementa lo anterior, con el artículo 101³ del mismo cuerpo normativo, referente a las prácticas restrictivas o colusorias. Ambos artículos centran la

-
- a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
 - b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
 - c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
 - d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

² Firmado en 1957 con el nombre de Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, es junto con el Tratado de la Unión Europea uno de los dos textos fundamentales de las instituciones europeas, dado que desde 2002 las disposiciones del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero se integraron, según lo previsto para su conclusión automática, en la Comunidad Europea. Desde el Tratado de Lisboa todas estas organizaciones se han fundido en una sola: la Unión Europea. El Tratado de Lisboa se compone de una serie de enmiendas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, este último se denomina en adelante "Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea".

³ Artículo 101 (antiguo artículo 81 TCE)

1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:
 - a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
 - b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
 - c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
 - d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
 - e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.
2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.
3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:
 - cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,
 - cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,
 - cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,
 que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:
 - a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
 - b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

posibilidad de la prohibición y sanción de la conducta que afecta el comercio en la zona de integración regional.

Lo planteado se vincula al clásico Derecho de la competencia Norteamericano, denominado por la literatura monopolio y oligopolio, este tratamiento jurídico se basada en la actuación de las grandes empresas, en relación a la competencia, estudiado en la economía como *Competencia imperfecta*, siendo un vértice a la casi inevitable concentración de poder económico. Aquí tenemos un contrapunto entre posiciones sobre el enfoque que se da al modelo de competencia imperfecta, desde la óptica liberal o Economicista⁴ y uno más social denominada a la institucionalista⁵. El primero basado, por ejemplo en modelos o teorías de la microeconómicas, centrado en la oferta y la demanda como únicos factores determinantes de la conducta económica de la sociedad, prescindiendo de los factores culturales, sociales y políticos. El segundo se basa, no en el comportamiento de los precios si no en las conductas grupales, a las costumbres, hábitos y leyes como fuente de la organización económica, a la subjetividad de las motivaciones que influyen a los individuos, el tiempo y lugar donde se estudia el comportamiento económico. Ante esto evidentemente ambas teorías tienen adeptos y detractores, más realista es la evolución de dichas teorías a través del *Neoinstitucionalismo*, que según North⁶, se preocupa más por las técnicas de cuantificación y medición de las variables del desempeño económico. Se puede afirmar que ante las imperfecciones de los mercados, existe un imperativo de contar con Instituciones para regular o complementar estos mercados.

En la presente investigación se desarrolla algunas precisiones como la conexidad entre las concentraciones y el abuso de posición de dominio, debido a que la concentración puede ser el desencadenante de la posición de dominio, entonces,

⁴ Economicismo o reduccionismo económico: Criterio o doctrina que concede a los factores económicos primacía sobre los de cualquier otra índole. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE) 2005 Diccionario panhispánico de dudas. Madrid: Espasa / Santillana.

⁵ El economista institucional Walton Hamilton definía institución como “una forma de pensamiento o acción permanente o prevaleciente, la cual estaba imbuida en los hábitos de un grupo o costumbres de la gente.” Esto desarrolla una previa definición de una institución por parte de Veblen (1919, como “hábitos establecidos de pensamiento comunes a la generalidad de los hombres”.
http://www.proglocode.unam.mx/system/files/Geoffrey%20M.%20Hodgson%20-%20El%20enfoque%20de%20la%20economia%20institucional_0.pdf

⁶ Douglass Cecil North, economista americano, Premio Nobel de Economía en 1993, por sus trabajos con Robert Fogel, por su investigación en historia económica, aplicando técnicas cuantitativas para explicar los cambios económicos e institucionales.

las medidas orientadas a disuadir las concentraciones con un aparente fin de convertirse en posición de dominio, son efectivas cuando la concentración trae como consecuencia natural la manifestación de esta figura nociva a la libre competencia.

Hay que tener presente siempre, el divorcio que puede existir entre la naturaleza de las normas y el fin perseguido, por las ideas económicas, esto implica que, en defensa de la libertad de competencia, se ensayan medios de control y prohibición de conductas a cargo del Estado y organismo de control Supranacionales. En el caso de esta investigación, se puede afirmar que en mayor grado en países de la Comunidad Andina se han dictado normas que distorsionan el mercado, por políticas mediáticas en favorecer a productores nacionales, como vemos en la mayoría de los casos estudiados.

No es más contradictoria la afirmación que la Competencia tiende a destruirse a sí misma⁷, la respuesta es obvia, más control, cosa que es contraproducente, como vimos anteriormente el modelo de competencia imperfecta, trae problemas que se pueden solucionar por las propias fuerzas del mercado, pero cuando hay factores que distorsionan al mercado, se recurre a la regulación, dado la naturaleza del mismo.

Pero ¿qué sucede cuando la posición de dominio tiene origen en el éxito empresarial?, cuando se ha utilizado los recursos eficientemente, superando a sus competidores. Aquí la doctrina difiere en el enfoque que dan la escuela Americana y la Europea.

En la Segunda Sección, se desarrolla el Tratamiento del Abuso de Posición de Dominio en la Comunidad Andina, vemos que la evolución de tratamiento de la Posición de dominio en la Comunidad Andina, cobró un notable impulso, desde el 29 de marzo de 2005, la Comisión de la Comunidad Andina aprobó la Decisión 608 (Norma para proteger y promover la libre competencia en la Comunidad Andina) que sustituyó a la Decisión 285. Sin embargo no se ha registrado una utilización activa de este instrumento que en su momento, causó una gran expectativa.

⁷

A.-L. Calvo Caravaca, "Derecho Europeo de la competencia", en S. Cámara Lapuente (Coordinador), Derecho Privado Europeo, Madrid, Editorial Colex, 2003, pp. 781-823 (con J. Carrascosa González).

Como sabemos los procesos de integración producen problemas⁸, como el de restricción de la competencia, que paraliza el proceso mismo. Para controlar este fenómeno, se debe implementar un marco institucional a nivel Supranacional que supere el ámbito doméstico de los países miembros.

El principal antecedente es el Artículo 5^º de la Decisión 285, que ha sido superada por la realidad, siendo los esfuerzos en el periodo de su vigencia muy limitados. Actualmente está en vigencia el Artículo 8¹⁰ de la Decisión 608, que ha incorporado y aclarado algunos puntos que en la norma derogada no se contemplaban.

⁸ FALLA, Alejandro – QUINTANA, Eduardo; “Derecho de la Competencia en la Comunidad andina”; “Derechos Comunitario Andino”, (2003, Perú). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

⁹ Artículo 5.- Se considera abuso de posición de dominio en el mercado:

- a) La manipulación indebida o imposición directa o indirecta de precios u otras condiciones de comercialización, en términos discriminatorios con relación a los que hubieran prevalecido en operaciones comerciales normales;
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. Asimismo, las limitaciones o prohibiciones de exportar, importar o competir;
- c) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra de productos, entre otros, el no abastecimiento de insumos a empresas con las que se compite por el mercado del producto final;
- d) La aplicación en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos; y,
- f) Otros casos de efectos equivalentes.

¹⁰ Artículo 8.- Se presumen que constituyen conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado:

- a) La fijación de precios predatorios;
- b) La fijación, imposición o establecimiento injustificado de la distribución exclusiva de bienes o servicios;
- c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- d) La adopción de condiciones desiguales con relación a terceros contratantes de situación análoga, en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes, colocándolos en desventaja competitiva;
- e) La negativa injustificada, a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de productos o servicios;
- f) La incitación a terceros a no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios; a impedir su prestación o adquisición; o, a no vender materias primas o insumos, o prestar servicios, a otros; y,
- g) Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.

Hay que mencionar que en el caso de la Posición de Dominio, es controversial el establecer los criterios que hay que evaluar para determinar el grado de restricción de la competencia, en este entendido, que se tenga que aplicar una evaluación caso por caso, mediante el principio de la “*regla de la razón*”¹¹.

Otro punto relevante son los sujetos comprendidos, dado que la aplicación de las normas, inciden sobre empresas tanto privadas como estatales e incluso los mismos Estados. Son en muchos casos, los Estados miembros, los que incurren en las alteraciones de las condiciones del mercado. Se tiene que entender que estamos ante prácticas anticompetitivas a nivel regional lo que implica, por lo menos, a dos Estados Miembros de la Comunidad Andina.

En la Tercera Sección, se estudia, la Posición de Dominio en los mercados ampliados en países de la Comunidad Andina.

En el caso de la política de competencia está estrechamente relacionada con las políticas de gobierno, vinculada al acceso a los mercados de bienes y servicios. Es así que de los procesos de liberalización han representado un incremento inusual en la masificación del intercambio, lo que se tiene que acompañar con la innovación de los instrumentos legales y las instituciones que viabilizan estos procesos.

Entonces se establece la existencia de una relación estrecha entre la competencia y las políticas de comercio internacional.

Es así que del enorme crecimiento de los acuerdos comerciales se han desarrollado en un enredo denominado “Spaghetti bowl”¹². Esto se ha manifestado en un

¹¹ Regla de la razón (Rule of reason) es una doctrina de la ley antimonopolio que dice una práctica comercial viola la Sherman Act, sólo si la práctica es una restricción irracional del comercio, basada en factores económicos. Con el fin de determinar si existe restricción irrazonable, se debe tener en cuenta los hechos propios de la empresa a la que se aplica la restricción; su condición antes y después que la restricción fue impuesta, la naturaleza de la restricción y su efecto, real o probable. <http://uslegal.com/>

¹² El efecto spaghetti bowl es un fenómeno de la política económica internacional que se refiere al entrapamiento que surge de la aplicación de las normas nacionales de origen en los acuerdos de libre comercio entre las naciones firmantes. El efecto se traduce en la política comercial discriminatoria debido a que el mismo producto se somete a diferentes tarifas y trayectorias de reducción arancelaria a los efectos de las preferencias nacionales. Con el aumento de los TLC en la economía internacional, el fenómeno ha

escenario complejo que si bien, se ha traducido en una reducción de aranceles, también por otro lado, se presenta un incremento en los costos de transacción, en relación a las disparidades y superposición en las regulaciones de los acuerdos comerciales.

En la Cuarta Sección, se estudia, el desarrollo de la Posición de Dominio en los países del sistema de integración de La Alianza del Pacífico.

Al ser un sistema relativamente nuevo no se ha desarrollado una forma conjunta como el caso de la Unión Europea o La Comunidad Andina, de Derecho de la Competencia, específicamente, el abuso de posición de dominio. Pero si se nota un consenso sobre esta figura en países que forman parte de este bloque regional. Se observa con claridad que en Chile y México, existe un desarrollo serio en contar con un derecho de la competencia eficiente, impulsado principalmente por los procesos de integración de estos Estados, haciéndolos más competitivos.

Por último en la Quinta Sección, se desarrolla los Criterios y márgenes en el desarrollo de la jurisprudencia sobre el Abuso de la Posición de Dominio (La escuela Norte Americana)

En términos simples y sencillos el Abuso de la Posición de Dominio, es cuando una empresa dominante o un grupo de empresas, actúan para excluir a firmas rivales que de otra manera no estarían de acuerdo con la conducta colusiva¹³.

En este capítulo se desarrolla la doctrina americana y la controversia que surge respecto de la intervención del Estado en el mercado, tratando de corregir las fallas del mismo, sobre el intento de las empresas que tratan de alcanzar un poder monopólico en el mercado, de cómo puede ser la acción de una sola empresa o varias que actúan coludidas para alterar la competencia, produciendo daños y sobre

dado lugar a una paradoja, ya menudo contradictorias resultados entre los socios comerciales bilaterales y multilaterales. Multilateralising Regionalism: Spaghetti Bowls as Building Blocs on the Path to Global Free Trade, BALDWIN, Richard E. Richard E., Multilateralising Regionalism: Spaghetti Bowls as Building Blocs on the Path to Global Free Trade © 2006 The Author Journal compilation © 2006 Blackwell Publishing Ltd, 9600 Garsington Road, Oxford, OX4 2DQ, UK and 350 Main St, Malden, MA, 02148, USA Este, es en términos generales la concepción más difundida en el sistema Americano.

todo tratando de excluir a las empresas competidoras produciendo distorsiones en el mercado.

En esta parte se ha desarrollado la evolución misma del Abuso de posición de dominio, basados fundamentalmente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EEUU, como normas que sirvieron de marco, han sido las clásicas leyes antitrust (Clayton Act y la Sherman Act), como es de notar simplemente estos instrumentos legales sirvieron de sombrero, como afirma en la doctrina Francesa, pero la esencia misma, se desarrolla en la jurisprudencia.

Como se puede apreciar la presente investigación se desarrolla entorno al estudio sistemático de casos, dado que el sistema jurisprudencial se basa en la creación de derecho, denominándose “*case by case law*”, en español, la *ley hecha caso a caso*. El enfoque se ha concentrado en la solución del abuso de posición de dominio por agentes económicos cuando incursionan en los mercados ampliados, que son consecuencia de la creación de Uniones regionales como es el caso de la Comunidad Andina y la Unión Europea.

Con la esperanza de que este, sea un estudio, que se complemente en el futuro, en relación al dinamismo del desarrollo en esta materia, confiamos que sea un eslabón más en la comprensión de este tema.

Lima, agosto del 2013



SECCIÓN PRIMERA

El Tratamiento del Abuso de Posición de Dominio en la Unión Europea

1.1. Evolución de tratamiento de la Posición de dominio en la Unión Europea

Es imprescindible referirnos en general a los orígenes en el Derecho Americano concretamente a la Section 2° de la Sherman Act¹⁴, esto va referido a la monopolización, que mediante la concentración, acrecienta la posición de dominio, distorsionando el mercado, esto es el equilibrio en el poder económico con las empresas competidoras. Desde el punto de vista Americano la Posición de Dominio, denominada "Trust" o monopolio, es una amenaza a la Libertad de Competencia, incluso sobre la denomina Colusión o "Cártel". Otro hito fue la famosa Clayton Act¹⁵, que complementa a la Sherman Act, respecto a la discriminación de precios en algunas concentraciones. Podemos afirmar que el desarrollo de esta figura se da por la jurisprudencia, resultado de la iniciativa privada en los procesos seguidos, contra los infractores.

Por otro lado en Europa se introdujo por influencia del Derecho Americano, el denominado "paradigma de la conducta – estructura – resultado"¹⁶. Se puede afirmar que el Derecho Europeo va en sentido contrario al Derecho Americano, porque este último tiende contener los efectos de la posición de Dominio, manteniéndolos en límites que consideran permisibles, el europeo se distingue por su rigurosidad. Como resultado tenemos que la jurisprudencia europea y norteamericana se distancia en concepción y el sentido en que se debe abordar esta figura jurídica.

¹⁴ Ley Sherman Antitrust de los Estados Unidos de América: Todo contrato o combinación en la forma de trust u otra, o colusión, en restricción del intercambio o (libre) comercio entre los diversos estados o con naciones extranjeras, es declarado ilegal.

¹⁵ Ley Clayton Antitrust de los Estados Unidos de América: La Ley Clayton Antitrust (en inglés: Clayton Antitrust Law, también conocida como Clayton Act) fue una ley federal aprobada en Estados Unidos en 1914, para remediar las deficiencias en la ley antimonopolios Sherman Antitrust de 1890, la primera ley federal en contra de prácticas empresariales que perjudicaran a los consumidores (monopolios y pactos colusorios en contra de la competencia).

¹⁶ Según el paradigma estructura-conducta-resultados (E-C-R) debía partirse del estudio de las variables que conforman la estructura del mercado: número de compradores y vendedores, grado de diferenciación de los productos, barreras de entrada, tecnología empleada y grado de integración vertical. Estas características estructurales obligan a las empresas presentes en un sector particular, a manifestar un comportamiento competitivo concreto que repercute, en última instancia, en una tasa de beneficio.

1.2. La Jurisprudencia relevante sobre la Posición de Dominio

Elementos comunes.

1.2.1. La conducta prohibida

En la posición de dominio, el ordenamiento solo estipula el régimen en cuestión, impedir el abuso de posición de dominio, implica imponer reglas de conducta a la empresa o empresas que incurren en esta distorsión.¹⁷ En todo caso se puede mencionar que las empresas en posición dominante pueden ser privadas de realizar actos, que no son ensimismo, abusivos, que no tendrían tal calidad, si dichos actos fueran realizados por empresas con menos poder de mercado.¹⁸

Los supuestos varían, de la conclusión de un contrato, exigir el cumplimiento de una cláusula contractual, incluso la interposición de una demanda contra una empresa competidora en el marco de circunstancias coadyuvantes.¹⁹

Cuando hablamos de la conducta prohibida nos referimos a la aptitud para que la conducta abusiva afecte el comercio en la Zona de Integración Regional.

1.2.2. Los sujetos: Las Empresas

Se resalta el hecho, que no existía una definición de “*empresa*”, por eso el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)²⁰, ensaya, en el caso Höfner²¹ “...e/

¹⁷ Adrián Arnáiz 2005: 324-327.

¹⁸ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de julio de 1990. Tetra Pak Rausing SA contra Comisión de las Comunidades Europeas. Competencia - Relación entre los artículos 85 y 86 - Disfrute de una exención por categoría y aplicabilidad del artículo 86. Asunto T-51/89. Recopilación de Jurisprudencia 1990 página II-00309

¹⁹ A.-L. Calvo Caravaca, óp. cit. P.1054

²⁰ Tomado de la Web oficial de la Unión Europea

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), creado en 1952 por el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, está compuesto por el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y una serie de tribunales especializados. El TJUE garantiza el respeto del derecho en lo que respecta a la interpretación y aplicación de los tratados. Está compuesto por un juez de cada Estado miembro y por ocho abogados generales. El número de abogados generales puede ampliarse hasta once a petición del TJUE. Los jueces y los abogados generales son designados, de común acuerdo, por los gobiernos de los Estados miembros por un periodo de seis años, renovable. Se seleccionan entre juristas que reúnen las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones jurisdiccionales en sus respectivos países. Un comité, compuesto por siete personalidades procedentes de instituciones jurisdiccionales europeas o nacionales, se encarga de emitir un dictamen sobre las candidaturas presentadas por los gobiernos para los cargos de jueces o abogados generales (art. 255 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea - TFUE).
http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/eu_court_justice_es.htm

concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación y, por otro, que la actividad dirigida a la colocación es una actividad económica.” Entendemos que esto abarca Corporaciones, individuos, asociaciones, empresas estatales, cooperativas e incluso personas en el ejercicio liberal de su profesión. Esto nos deja con un marco muy amplio, esto nos obliga a realizar un ejercicio individual en cada caso, debido que este concepto no es estático, ya que cada vez aparecen nuevas formas y maneras de desarrollar empresa.

Por otro lado, respecto a las empresas estatales, el enfoque es distinto, no siendo uno de sus aspectos el fin de lucro individual, sino la función social lo que se prioriza. Otro aspecto no tomado en cuenta, es en relación, a las responsabilidades de la actuación de las filiales, dado que es la matriz, la que establece la política de la empresa. Esto es lógico, debido a la integración vertical que existe entre la matriz y la filial y pese a la relativa independencia que puede tener la filial, la responsabilidad recae sobre la matriz.

1.2.3. El Mercado de Producto

1.2.3.1. El Caso United Brands / Comisión, asunto 27/76²² - El Mercado de Producto

Como ya hemos afirmado, no es posible estudiar el tema que nos convoca, sin recurrir a la jurisprudencia por que el sistema normativo del Unión Europea no abarcaba conceptos fundamentales que fueron desarrollados por el Tribunal de Justicia.

Empezamos con el caso United Brands, ahora con la razón social de Chiquita Brands International Inc., Comercializadora de plátanos casi monopolícamente en Europa, fue acusada de una serie de prácticas abusivas, que violaba el actual artículo 102.²³ La empresa afirmaba que el mercado de producto abarcaba, todo el mercado de frutas frescas, apoyándose en un estudio que mostraba que la elasticidad cruzada de la

²¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 23 de abril de 1991. Klaus Höfner y Fritz Elser contra Macrotron GmbH. Petición de decisión prejudicial: Oberlandesgericht München - Alemania. Libre prestación de servicios - Ejercicio del poder público - Competencia - Asesores en materia de selección de personal de ejecutivos y directivos de empresas. Asunto C-41/90. Recopilación de Jurisprudencia 1991 página I-01979 párr. 21

²² Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978. United Brands Company y United Brands Continental BV contra Comisión de las Comunidades Europeas. Plátanos Chiquita. Asunto 27/76. Recopilación de Jurisprudencia 1978 página 00207

²³ Ídem (íd.) pág. 1

demanda²⁴ (este concepto será extensamente desarrollado más adelante) entre los plátanos y las otras frutas era alto. La Comisión²⁵ refutaba esta postura y sostenía que la elasticidad cruzada de la demanda era mayor a la expresada en este estudio, además que los plátanos pertenecían a un mercado distinto, porque constituía un complemento alimenticio de un sector de la población, además de tener características muy distintas a otras frutas, por lo que no podían ser sustitutos.

En dicha sentencia se afirma que la relación del plátano como fruta tiene características muy peculiares²⁶ que los diferencia de otras frutas frescas, haciendo muy difícil su intercambio, siendo escasa la competencia con estas.

²⁴ Tomado de MANKIW, N. Gregory, 1958-Principios de economía / N. Gregory Mankiw. Mexico, D.F.: Cengage Learning, 2009, pág. 99. La elasticidad cruzada de la demanda. Una medida cómo evoluciona y se modifica la cantidad demandada de un bien cuando cambia el precio de otro.

²⁵ Entendemos que la Comisión Europea tiene muchas funciones, sobretodo ejecutivas, en los casos de llevados al Tribunal de Unión Europea, actúa como procurador, además de tener un rol mixto como Fiscal acusador.

²⁶ La Corte desarrolla las siguientes razones:
Considerando que para que se pueda afirmar que el plátano constituye el objeto de un mercado suficientemente distinto debe poder individualizarse por unas características particulares que lo diferencien de las demás frutas frescas hasta el punto de ser poco intercambiable con ellas y verse afectado sólo en escasa medida por la competencia de las mismas.
Considerando que la maduración del plátano tiene lugar durante todo el año, con independencia de la estación;
que su producción es durante todo el año superior a la demanda y puede satisfacerla en todo momento;
que esta característica hace de él una fruta privilegiada cuya producción y comercialización pueden adaptarse a las fluctuaciones estacionales conocidas y mensurables de las demás frutas frescas;
que no existe ninguna sustitución estacional forzosa, ya que el consumidor puede adquirir plátanos durante todo el año;
que como el plátano es una fruta disponible en todo momento en cantidades suficientes, la evaluación de sustituibilidad por otras frutas frescas, a fin de medir el grado de competencia que existe entre el plátano y éstas, debe efectuarse tomando como referencia la totalidad del año;
que de los estudios sobre el mercado del plátano aportados a los autos resulta que en dicho mercado no existe una elasticidad cruzada significativa a largo plazo, ni tampoco, como ya se ha dicho, una sustituibilidad estacional generalizada entre el plátano y las frutas de temporada, sino tan sólo entre el plátano y dos frutas (melocotón y uva de mesa) y en un país (Alemania) del mercado geográfico de referencia;
que en cuanto a las dos frutas disponibles todo el año (naranja y manzana), no existe sustituibilidad por lo que respecta a primera, y tan sólo una sustituibilidad relativa con respecto a la segunda;
que esta limitada sustituibilidad se debe a las características específicas del plátano y a todos los factores que influyen en la elección del consumidor;
que la apariencia del plátano, su gusto, su consistencia blanda, el hecho de carecer de pepitas, su fácil manejo y su nivel de producción permanente son características que le permiten satisfacer las necesidades constantes de una categoría importante de la población compuesta de niños, personas de edad y enfermos;

El periodo debe ser todo el año ya que su abastecimiento es constante durante todas las estaciones.

En el mercado del plátano no hay una elasticidad cruzada representativa en el largo plazo.

El plátano tiene características muy excluyentes, su gusto, su consistencia blanda, el hecho de carecer de pepitas, su fácil manejo y su nivel de producción.

No se produce ninguna afectación en el consumo del plátano dado que no se ve afectado por las fluctuaciones del mercado de frutas frescas.

Es crucial entender por qué se hace todo este amasijo de ideas y lógica en el razonamiento.

Todo gira en torno a establecer la elasticidad precio de la demanda. Cuando esta es alta, es debido a que al incrementarse el precio del producto, en el caso en cuestión, (*plátanos*), provoca que los consumidores decidan dejar de consumirlos y cambiarlos por otras frutas, por ejemplo manzanas. A más alta sea esta relación, nos indica que efectivamente ambos productos compiten en el mismo mercado, eso significa que son productos sustitutos (el ejemplo clásico es el Té con el Café). Sin embargo cuando son productos distintos, se tiene que recurrir a otros razonamientos, como los precios de los productos y sus características físicas, no necesariamente, por el hecho de ser productos similares o incluso idénticos están en el mismo mercado, por ejemplo el vino. Los vinos de alta gama pueden valer miles de dólares, en cambio los vinos corrientes pueden valer incluso un dólar, los consumidores de uno u otro producto no coinciden en un mismo mercado. Por eso en el caso estudiado, el Tribunal meritó factores como: su gusto, su consistencia blanda, el hecho de carecer de pepitas, su fácil manejo y su nivel de producción, para llegar a la conclusión que las otras frutas constituían diferentes mercados.

Otro caso imprescindible de mencionar es el caso:

1.2.3.2. Caso Michelin /Comisión, asunto 322/81 - El Mercado de Producto

Michelin fue sancionado administrativamente por la Comisión, basándose en que la

práctica de otorgar descuentos en las ventas de mercado de neumáticos nuevos de recambio para vehículos pesados en los Países Bajos, no estaba basada en diferencias objetivas en sus costos. El argumento estaba referido a que la filial Holandesa del grupo Michelin, vinculaba (ataba) a ella a los revendedores de neumáticos de los Países Bajos, mediante la concesión, de forma individualizada, de bonificaciones sobre las compras de neumáticos para vehículos pesados y de neumáticos para autos pequeños, supeditado al cumplimiento de un determinado «objetivo» de compras de neumáticos para autos pequeños. Se encontró responsabilidad de abuso de posición de dominio en el mercado de neumáticos nuevos de recambio para vehículos pesados. Michelin argumentó que esta definición de mercado era arbitraria, que se debería abarcar también a carros y otros vehículos menores, dado que sostenía, por un lado que era demasiado amplio, en la medida en dado que los neumáticos para vehículos pesados son muy diferentes y no son sustitutos por su dimensiones y características y por otro lado demasiado reducida, ya que excluye a neumáticos para vehículos menores.

Pasamos a sintetizar a la sentencia en lo referente a la definición de *“mercado del producto”*²⁷:

El evaluar que una empresa tiene posición de dominio, implica que si la misma puede impedir una competencia efectiva, para cumplir con este objetivo, es necesario el examen imparcial de las características de los productos relevantes, además de las condiciones de competencia y la estructura de oferta y demanda del mercado específico.

En este caso se estudia, el mercado de neumáticos nuevos de recambio, descartando los neumáticos que ya vienen incluidos en los vehículos de fábrica, o sea, los adquiridos directamente por los fabricantes de automóviles, ya que las condiciones de la demanda son distintas en el mercado de recambio de neumáticos, donde son los propietarios individuales de vehículos los que compran estas llantas, cuando ya tienen cierto grado de desgaste.

Entonces si estamos ante el mercado de neumáticos de recambio, no existe posibilidad de sustitución entre neumáticos de diferentes vehículos, ya sea por su tamaño o si son para vehículos pesados.

Se diferencian claramente a los propietarios de vehículos ligeros, de los pesados, por lo que la estructura de la demanda de cada uno es muy distinta, para vehículos pesados son transportistas profesionales y los ligeros, son compradores caseros ocasionales.

²⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983. NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin contra Comisión de las Comunidades Europeas. Abuso de posición dominante - Bonificación por la compra de neumáticos. Asunto 322/81. Recopilación de Jurisprudencia 1983 página 03461

Dado que son profesionales dedicados al transporte, en el primer caso mencionado, tiene que haber un sistema más complejo de distribución.

Es complejo estimar la elasticidad de la oferta entre los grupos mencionados, dado que es muy difícil el cambio de producción de llantas pesadas a ligeras, por las diferencias en la producción, resultando que la inversión para cambiar la producción de llantas de uno a otro segmento, sea demasiado alta, lo que hace que no existan relaciones significativas entre ambos grupos.

Entonces en el presente caso solo se consideró posición dominante en la cuota de mercado de la empresa Holandesa NV Nederlandsche Banden Industrie-Michelin (NBIM) en el mercado de neumáticos para vehículos pesados, excluyendo, los del mercado de neumáticos de vehículos ligeros.

Como podemos inferir de este caso, es que los límites del mercado, no son tan obvios como pueden parecer y es esencial, establecer, que elementos hay que tomar en cuenta y cuales descartar, para determinar, que tan amplio o reducido es dicho mercado.

1.2.4. El Mercado Geográfico

Este es un factor clave en esta investigación ya que se centra en analizar las consecuencias en la competitividad del Mercado, derivado de los proceso de integración económica regional, por el Abuso de Posición de dominio de empresas con gran poder económico²⁸.

Teniendo en cuenta que es muy complejo determinar, por ejemplo que existen productos que se pueden distribuir en un gran área Geográfica sin ninguna limitación, por supuesto, que nos referimos más allá de las fronteras de los países miembros de una “*integración regional*”²⁹, ya no nos referimos a las barreras arancelarias, ni otros obstáculos a la circulación de bienes y servicios que estén relacionadas políticas estatales, sino a dificultades técnicas, como costos de transporte.

²⁸ Craig, Paul and De Burca, Grainne. EU Law: Text, Cases and Materials. Oxford University Press, New York. 2003 (págs. 998-999).

²⁹ Cuando nos referimos a integración Regional, implica La integración económica regional, como consecuencia, de acuerdos entre países de una región geográfica para reducir las barreras arancelarias y no arancelarias al libre flujo de bienes, servicios y factores productivos entre sí.

1.2.4.1. El Caso United Brands / Comisión, asunto 27/76³⁰ - El Mercado Geográfico

Los hechos ya se mencionaron anteriormente, pero hay que establecer que respecto al mercado geográfico, la defensa de United Brands afirmó que la Comisión estableció un mercado Geográfico erróneo, dado que excluyó a Francia, Italia y al Reino Unido por la razón que dichos países, pese a ser miembros de la Unión Europea, tenían costumbres y condiciones de comercio distintas. Sin embargo la empresa aceptó este hecho, pero rechazaba que estas condiciones de comercio fuesen distintas a cada uno de los otros países que habían sido considerados por la Comisión como mercado Geográfico Relevante.

Describimos los principales puntos de la sentencia que se refieren a la definición de “Mercado Geográfico”³¹:

Es imprescindible para la determinación de la posición de dominio la delimitación del mercado donde la empresa en cuestión ejerce prácticas abusivas restrictivas de la competencia.

Sin embargo la Comunidad Europea de Naciones no había establecido ninguna coordinación respecto al mercado del plátano, por lo que existían diversos regímenes de importación de este producto, que a pesar que eran mercados con disposiciones arancelarias y costos de transporte distintos, no eran discriminatorios y constituían condiciones de competencia similares, se establecía un mercado común regional, cuya homogeneidad se considera globalmente.

1.2.5. Poder de mercado

Esto punto es controversial, en cómo se determina cual es dominio real de mercado que tiene una determinada empresa.

1.2.5.1. El Caso United Brands / Comisión, asunto 27/76³² - Poder de mercado

En la sentencia antes mencionada, podemos esgrimir una definición de “posición

³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978. United Brands Company y United Brands Continentaal BV contra Comisión de las Comunidades Europeas. Plátanos Chiquita. Asunto 27/76. Recopilación de Jurisprudencia 1978 página 00207

³¹ United Brands / Comisión, Loc. cit.

³² Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978. United Brands Company y United Brands Continentaal BV contra Comisión de las Comunidades Europeas. Plátanos Chiquita. Asunto 27/76. Recopilación de Jurisprudencia 1978 página 00207

dominante”³³

Establece que es, la posición de un poder económico tal que permite a la empresa obstaculizar o impedir la competencia en el mercado específico, permitiéndole actuar independientemente de sus competidores y de los consumidores.

Vemos que el test que se plantea es la independencia con la que actúa la empresa que tiene el poder económico, sin embargo hay que apreciarlo en conjunto con el caso Hoffmann-La Roche / Comisión.

1.2.5.2. El Caso Hoffmann-La Roche / Comisión, asunto 85/76 - Poder de mercado

Más conocido como el Caso Vitaminas, este laboratorio tenía una serie de prácticas abusivas, como obligar los laboratorios a los que proveía vitaminas, con contratos de exclusividad, descuentos de fidelidad, entre otros.

Tenemos una aclaración importante en esta sentencia:³⁴

Diferencia la posición de dominio con el monopolio o cuasi monopolio, siendo que si puede y de hecho es así, existe competencia, pero que el poder de mercado de esta empresa es tal que puede actuar sin tomar como un factor de decisión a las otras empresas en competencia, por otro lado señala que se diferencia de líneas de conducta paralelas semejantes al oligopolio, en que dichas conductas influyen recíprocamente a las empresas involucradas mientras que la posición de dominio la conducta es unilateral de la empresa dominante, que necesariamente se debe a una combinación de factores, pero el factor determinante es la existencia de cuotas de mercado altas y de líneas de conducta paralelas, propias de situaciones de oligopolio, en que en estas últimas las conductas influyen unas sobre otras recíprocamente, mientras que en el caso de una posición dominante, la conducta de la empresa que la disfruta se determina, en gran medida, unilateralmente; que la existencia de una posición dominante puede deberse a varios factores que, tomados por separado, no serían necesariamente determinantes, pero que, entre esos factores, uno muy significativo es la existencia de cuotas de mercado muy altas. Para estas cuotas no hay una medida, en este caso dice puede oscilar entre 40% y 45%, en porcentaje superiores, se consideran como súper dominantes, siempre tomando en cuenta el tamaño de mercado y el grado de

³³ United Brands / Comisión, Loc. cit.

³⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979. Hoffmann-La Roche & Co. AG contra Comisión de las Comunidades Europeas. Posición dominante. Asunto 85/76. Recopilación de Jurisprudencia 1979 página 00461

independencia con la que cuenta la empresa dominante.

Entonces vemos que en el caso United Brands / Comisión, el test que se plantea es la independencia con la que actúa la empresa debido a su poder económico, pero en el caso Hoffmann-La Roche/Comisión, añade que puede existir otros factores, específicamente, *(el subrayado es nuestro)* la existencia de cuotas de mercado muy altas, que pueden ir de 40% a más, llegando a ser súper dominantes, siempre teniendo presente el tamaño de mercado y el grado de independencia de la empresa dominante.

1.2.6. El Abuso

1.2.6.1. El Caso Europemballage Corporation y Continental Can Company/ Comisión Asunto 6/72 - Explotación y prácticas anticompetitivas

La empresa Continental Can es una empresa Americana que fabrica envases ligeros para conservas de carne, de charcutería, de pescados y de crustáceos, así como tapas metálicas para tarros de vidrio, dicha compañía operaba a través de una compañía Alemana SLW que adquirió en 1969, al año siguiente trató a través de su subsidiaria controlar una compañía Holandesa TDV, por lo que la Comisión encontró que era un abuso de posición de dominio.

La sentencia hace mención a la definición de “**explotación abusiva**”³⁵:

El problema es en determinar si con “explotación abusiva” se refiere solamente a conductas que distorsionen el mercado afectando a la producción, distribución y consumidores, o también a modificaciones estructurales de la empresa que tienen efectos similares.

Cuando se refieren a la estructura de empresa, como el incremento de las dimensiones de la empresa influyen necesariamente en las condiciones del mercado.

³⁵

Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973. Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asunto 6-72. Recopilación de Jurisprudencia 1973 página 00215

Sin embargo las asociaciones de empresas y prácticas concertadas están sancionadas como otro tipo de conductas anticompetitivas y no especialmente como posición de dominio, no se puede entender que se haga mención a una sola empresa que actúa unilateralmente.

El hecho que una empresa refuerce su posición dominante, al punto de depredar a las empresas competidoras que no dependan del comportamiento de la empresa dominante, constituye un abuso flagrante.

Finalmente señala que no importa los medios o procedimientos de afectación al mercado, siempre se entiende que los efectos son perjudiciales y por tanto, englobados en la definición de Abuso de posición de dominio.

Ante una potencial amenaza del mercado, el Tribunal hace una construcción muy interesante que esboza, que no tiene que haber una conexión entre el acto de dominar y la acción impugnada.

1.2.6.2. El Caso Hoffmann-La Roche / Comisión, asunto 85/76 Explotación y prácticas anticompetitivas

Este caso es un hito en la jurisprudencia europea, por eso lo volvemos a mencionar, desde la perspectiva del comportamiento de la empresa respecto, a la práctica de dar descuentos.

De la práctica de dar descuentos, la sentencia señala lo siguiente.³⁶

El hecho de vincular a los compradores aunque sea a instancia de éstos, mediante una obligación o promesa de abastecerse, en la totalidad o a gran parte de sus necesidades, exclusivamente en dicha empresa, es una explotación abusiva de su posición de dominio, en el caso que no haya una justificación para hacerlo y si la hubiera no se podría justificar en contrapartida de una concesión de descuentos.

Incluso de no existir una obligación formal, de un acuerdo con los compradores o de ser una declaración unilateral de la empresa, sobre descuentos por fidelidad o cualquier ventaja conducente a que el cliente se abastezca de la totalidad o parcialmente de sus compras, exclusivamente de la empresa en posición de dominio, constituye abuso de la misma.

En todo caso tiene que estar clara la intención de la empresa dominante, de quitar o restringir la posibilidad de elección del comprador, de sus fuentes de abastecimiento o impedir a otros productores el acceso al mercado.

³⁶ Hoffmann-La Roche / Comisión, Loc. cit.

Hay que diferenciar de los denominados descuentos por el volumen de la compra al productor, mientras que el descuento de fidelidad tiene el objeto de restringir que los clientes recurran a los competidores.

De igual forma, a pesar que haya clientes con similares cantidades de compras, la empresa dominante otorga ventajas al cliente que se abastece exclusivamente de dicha empresa.

Cabe agregar que el tribunal además de lo señalado sobre la definición de posición de dominio, resalta, que el hecho de la sola existencia de una empresa en esta posición ya existe una afectación a la competencia que se ve agravada por las prácticas de esta empresa que obstaculizan por medios diferentes, de los que rigen una competencia normal de productos o servicios.

Está claro que la posición del Tribunal, esta radicalmente en contra de la búsqueda de descuentos a cambio de lealtad, entre otras razones, porque esto provoca que la Compañía obtenga información de precios de los competidores, lo que considera que afecta la estabilidad del mercado.

1.2.7. Posición de domino conjunta

Tenemos que referirnos a los oligopolios, la característica más saltante es que dichas empresas no compiten entre sí, entonces lo que hay que determinar, es la razón por la que se ha llegado a esta situación que distorsiona el mercado. Puede implicar un acuerdo colusorio, o puede ser como consecuencia de factores económicos que generan una correlación de factores, que producen conductas conscientemente paralelas.

1.2.7.1. Caso Compagnie Maritime Belge Transports y Otros / Comisión

Los demandantes eran miembros de una Conferencia marítima, que tenían una posición dominante sobre algunas rutas en África. Ellos fueron hallados culpables *inter alia* de bajar sus tarifas de sus fletes marítimos, con objeto de llegar a eliminar al principal competidor independiente en el tráfico referido³⁷. En su defensa enfatizan que la

³⁷

El grupo de empresas navieras (CEWAL, COWAC y UKWAL) que en la terminología marítima se llaman **(Conferencias marítimas)**, porque se ponen de acuerdo para ofrecer el servicio del tráfico marítimo regular de una línea concreta, habían contraído compromisos de no competencia con arreglo a los cuales se abstienen de operar como armadores independientes ("outsiders") en la zona de actividad de las otras dos Conferencias, con el fin de repartirse sobre una base geográfica el mercado del transporte marítimo de línea entre Europa del Norte y África Occidental. Para eliminar al principal competidor independiente en el tráfico referido, las empresas miembros de CEWAL abusaron de su posición dominante conjunta al:

- Participar en la aplicación un acuerdo de cooperación y compeler a las empresas coludidas a su estricto cumplimiento.

Comisión había reciclado los hechos para llegar a la conclusión de que había una práctica Concertada.

Del caso analizado se puede destacar las siguientes características sobre “**posición dominante colectiva**”.³⁸

Primero, que la existencia de vínculos económicos entre las empresas afectadas, sea de tal intensidad, que les posibilite actuar con independencia de sus competidores y consumidores.

No es suficiente determinar la sola existencia de una práctica concertada entre las empresas para determinar la posición de dominio. Pudiendo presentarse como una entidad colectiva respecto de sus competidores o consumidores.

Finalmente es necesario evaluar si la naturaleza y los vínculos de correlación entre ellas que dependerían de la apreciación económica y sobretudo de la estructura del mercado específico.

Se puede determinar, que en el presente caso, existe una posición de dominio colectivo, porque en los mercados oligopolísticos, las empresas involucradas, subrepticamente coordinan para falsear la competencia y beneficiarse con la eliminación de empresas competidoras.

1.3. Comentarios Finales a la Sección Primera

Podemos afirmar especialmente en los casos Hoffmann-La Roche y United Brands, existen diversos criterios en el sistema de integración regional de la Unión Europea, sobre una definición uniforme del mercado de producto y el mercado Geográfico y que resulta de un esfuerzo, caso a caso.

- Modificar sus fletes apartándose de las tarifas en vigor con el fin de ofrecer fletes idénticos o inferiores a los del principal competidor independiente en los buques que salieran en la misma fecha o en fechas próximas (práctica llamada de "buques de lucha" o "fighting ships");
- Establecer acuerdos de fidelidad impuestos al 100%, con la utilización específica de "listas negras" de cargadores desleales.

38

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 16 de marzo de 2000. Compagnie maritime belge transports SA (C-395/96 P), Compagnie maritime belge SA (C-395/96 P) y Dafa-Lines A/S (C-396/96 P) contra Comisión de las Comunidades Europeas. Competencia - Transportes marítimos internacionales - Conferencias marítimas - Reglamento (CEE) nº 4056/86 - Artículo 86 del Tratado CE (actualmente, artículo 82 CE) - Posición dominante colectiva - Acuerdo entre Administraciones nacionales y Conferencias marítimas que prevé un derecho exclusivo - Conferencia marítima que insiste en la aplicación del Acuerdo - Buques de lucha - Descuentos de fidelidad - Derechos de defensa - Multas - Criterios de apreciación. Asuntos acumulados C-395/96 P y C-396/96 P. Recopilación de Jurisprudencia 2000 página I-01365

De igual manera cuando buscamos el sentido respecto del significado de abuso, la legislación Comunitaria Europea no condena la posición de dominio *per se*, de la jurisprudencia podemos establecer parámetros en sentidos distintos existe ambigüedades como si el actual artículo 102 (antiguo artículo 82), busca proteger a las empresas competidoras o a los consumidores, normalmente estas conductas dañan a ambos entes, pero la realidad muestra que no siempre es así.

Sobre la responsabilidad extraordinaria que recae en las empresas que tienen posición de dominio, no se establece un marco claro a seguir, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia estudiada, lo que crea incertidumbre sobre las políticas y estrategia que adoptan dichas empresas.

Para establecer justificaciones objetivas y en aras de la aplicación del principio de proporcionalidad³⁹, que es una técnica que utilizan los tribunales, sobretudo Constitucionales, cuando hay que sopesar dos o más derechos en conflicto, concretamente las aspiraciones legítimas empresariales de crecer y ganar más mercados, con el derecho del consumidor a tener productos a precios de un mercado en competencia. Esto se tiene que basar y reflejar en ciertos principios, como el proteger a los competidores a y los consumidores, o en el significado de la integración del mercado común y el bienestar de sus agentes económicos. En este sentido el concepto de justificación objetiva, sirve para presionar en la búsqueda de direccionar la política de integración económica, relacionada con controlar a las empresas que abusen de su posición de dominio, en un mercado ampliado.

³⁹

En el asunto C-331/88, resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre el Ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación y el Secretario de Estado para la Salud, demandados por Fedesa y otros. Se establece que según el principio de proporcionalidad, *“la legalidad de la prohibición de una actividad económica está supeditada al requisito de que las medidas de prohibición sean apropiadas y necesarias para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, debe recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos”*.



SECCIÓN SEGUNDA

Tratamiento del Abuso de Posición de Dominio en la Comunidad Andina

Se considera necesario incluir este capítulo, para poder tener una referencia respecto al desarrollo alcanzado en materia de abuso de Posición de Dominio, en el sistema de integración más parecido al de la Unión Europea, que es la Comunidad Andina, dado que se utilizó dicho modelo para su desarrollo.

Como se señaló al principio el objetivo general de esta investigación es analizar las consecuencias en la competitividad del Mercado, derivado del proceso de integración económica regional por el Abuso de Posición de dominio de empresas con gran poder económico, establecidas en los mercados nacionales. Esto se aprecia en nuestro sistema Andino que a pesar de ser todavía muy elemental se puede sacar conclusiones de dicho proceso.

Específicamente, se demuestra que nuestros mercados están plagados de barreras y falta de cultura de competencia, lo que se refleja en todo nuestro sistema andino, especialmente por la intervención nefasta de los gobiernos.

Esta sección está íntimamente ligada a la anterior, dado que la Comunidad Andina se ha basado en el modelo de la Unión europea y sus fundamentos son casi los mismos y si el objetivo es un mercado común, que funcione, es necesario, que tomemos el ejemplo de la Unión Europea, que muestra el camino al desarrollo e integración, bajo las condiciones de competencia.

Según lo que planteamos como hipótesis, que una de las consecuencias que acarrearán los procesos de integración económica regionales, es que se produzcan distorsiones en el mercado ampliado regional, se afirma que mediante la comparación de jurisprudencia y legislación sobre el Abuso de Posición de Dominio por empresas con gran poder económico, establecidas en los mercados nacionales, produzcan graves daños a las empresas competidoras y a los consumidores nacionales.

Por último pese a la crisis por la que pasa la Comunidad Andina, se considera valiosa la experiencia recorrida, incluso si llegara a disolverse dicha integración.

2.1. La Jurisprudencia relevante sobre la Posición de Dominio

En esta parte se ha utilizado el excelente texto de los Doctores Alejandro Falla y Eduardo Quintana “Derecho de la Competencia en la Comunidad Andina”⁴⁰ que son los pioneros en estudiar los casos presentados en la Comunidad Andina hasta el año 2003, posteriormente se ha analizado casos, como el de los Palmicultores peruanos y colombianos, teniendo en cuenta que el 29 de marzo de 2005, la Comisión de la Comunidad Andina aprobó la Decisión 608⁴¹ (Norma para proteger y promover la libre competencia en la Comunidad Andina) que sustituyó a la Decisión 285.

2.2. Caso Gobierno de Colombia contra PEQUIVEN⁴²

El caso se inicia cuando en 1992, el Gobierno de Colombia recurre a la Junta de del Acuerdo de Cartagena, para investigar un supuesto abuso de posición de dominio, atribuido a la empresa Petroquímica de Venezuela (PEQUIVEN) por su negativa a suministrar orto-xileno a las empresas de origen Colombiano ANDERCOL S.A. y

⁴⁰ FALLA Alejandro y QUINTANA, Eduardo (2003) “Derecho de la Competencia en la Comunidad Andina”. En INSTITUTO DE ESTUDIOS INTERNACIONALES (IDEI). Derecho Comunitario Andino. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, pp. 143 - 176

⁴¹ El procedimiento está normado del artículo 10 al 35 de la Decisión 608. La Secretaría General de la CAN, puede iniciar investigación de oficio o a solicitud de las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia o a pedido de cualquier otra entidad sea de Derecho Privado o Público, cuando existan indicios de que éstos han realizado conductas que pudieran restringir de manera indebida la competencia en el mercado. Para esto la Secretaría tiene que emitir una Resolución de apertura de la investigación, posteriormente, se realiza la investigación en estrecha relación con las autoridades nacionales. Si se constata una infracción, la Secretaría General podrá disponer el cese inmediato de la conducta restrictiva y, de ameritarse, la aplicación de medidas correctivas y/o sancionatorias.

⁴² RESOLUCION 326 solicitud de Colombia para la aplicación de la Decisión 285 a las prácticas de la empresa Pequiven de Venezuela (15 de octubre de 1992) <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/ResolucionesJunta/RES326.doc>

CARBOQUÍMICA S.A., que fabricaban anhídrido ftálico y sus derivados. Se inicia el proceso bajo la Decisión 285 artículo 5, literales a) y c).⁴³

La fundamentación de la denuncia, se basa en el hecho que la empresas Colombianas solicitaron a PEQUIVEN cotizaciones para la venta de orto-xileno, en las cuales los precios fueron mucho mayores que las que vendían a las empresas Venezolanas, de lo que se deducía que se estaba discriminando a las empresas Colombianas.

Entonces la Junta establece que si bien hay una discriminación de precios a favor de los compradores locales (Venezuela), esta no obedecía a la política de la empresa PEQUIVEN, sino a la política del Gobierno de Venezuela que daba acceso al producto en cuestión a menores precios a sus nacionales, con el fin de incentivar la industrialización del sector petroquímico. La Junta, no encontró responsabilidad en la empresa, porque los hechos no eran atribuibles a PEQUIVEN, sino a la política del Gobierno Venezolano. Se puede concluir que este razonamiento es muy obtuso porque, si bien, no se encuentra responsabilidad de la empresa, si se determina la conducta discriminatoria, que tenía trascendencia más allá de las fronteras de Venezuela. Tenemos que en estos casos, hay legislación de la Comunidad Andina y jurisprudencia sobre el incumpliendo de parte de los Estados de obligaciones adquiridas mediante los tratados y normatividad Andina, estableciendo en caso de demostrarse la responsabilidad del Estado, sanciones como multas e indemnizaciones a favor del ente perjudicado. Por eso es importante, tener presente, que se debe establecer responsabilidades de particulares y de los Estados.

⁴³

Artículo 5.- Se considera abuso de posición de dominio en el mercado:

a) La manipulación indebida o imposición directa o indirecta de precios u otras condiciones de comercialización, en términos discriminatorios con relación a los que hubieran prevalecido en operaciones comerciales normales;

c) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra de productos, entre otros, el no abastecimiento de insumos a empresas con las que se compite por el mercado del producto final;

2.3. Caso IMEZUCAR contra CIAMSA⁴⁴

La Sociedad Mercantil IMEZUCAR S.A. Importadora y Exportadora de Azúcar, empresa Venezolana, inicia un proceso contra la Asociación de Comercialización Internacional de Azúcares y Mieles S.A. (CIAMSA) cuyas asociadas eran empresas Colombianas, sobre la base de que estas últimas estaban incurriendo en prácticas concertadas y abuso de posición de dominio conjunta, consistentes principalmente en:

Fijación de precios y restricción injustificada de la venta de azúcar cristalizada a los embaladores y distribuidores venezolanos, las empresas demandadas explotaban abusivamente su posición de dominio en dicho mercado.

Según la denuncia, (CIAMSA) había incurrido en lo siguiente.

Restringía en sus contratos la venta de azúcar a Venezuela, esto se manifestaba en la negativa de vender este producto a IMEZUCAR S.A.

La junta llegó a las siguientes conclusiones:

CIAMSA constituía una creación de una empresa comercializadora y su representación por un apoderado común, no son en sí prácticas que tengan por finalidad restringir, prohibir o falsear la competencia en el mercado regional.

Sustentó que no había razones para acreditar manipulación de precios, todo lo contrario se evidenciaba una intervención distorsionante del mercado del Gobierno Venezolano.

Lo único que podría constituir una distorsión, serían las cláusulas de exclusión a compradores Venezolanos como la denunciante a IMEZUCAR, pero lo que no se pudo establecer, si fue producto de la concertación de las empresas Colombianas que integraban la empresa comercializadora.

No se demostró el nexo entre la disminución del volumen de comercialización de la denunciante IMEZUCAR y las práctica de CIAMSA, ni tampoco perjuicios como cierre de

⁴⁴

La Junta del acuerdo de Cartagena emitió la Resolución 391. Solicitud de IMEZUCAR S.A., de Venezuela, para la imposición de medidas correctivas a la importación de azúcar, para corregir las distorsiones generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/ResolucionesJunta/RES391.pdf>
Resolución 420, 01 de agosto de 1996, A solicitud de la empresa IMEZUCAR, por supuestas prácticas restrictivas a la libre competencia.

plantas y despido de trabajadores. Lo que si atribuye a la intervención del Estado Venezolano en dicho mercado y la poca eficiencia, para adaptarse de IMEZUCAR.

Por los fundamentos mencionados la junta desecha esta denuncia.

En este caso como el anterior se muestra un estudio muy superficial, donde no se establece el mercado de producto y el mercado geográfico, solo analizan circunstancias factuales.

2.4. Caso BOPP contra PROPILCO y PROPILVEN⁴⁵

Polipropileno Biorientado del Ecuador, Cía. Ltda. (BOPP), empresa Ecuatoriana, inicia un proceso contra Polipropileno del Caribe S.A. (PROPILCO) de Colombia y Polipropileno de Venezuela, S.A. (PROPILVEN).

Los hechos se desenvuelven en torno a que las empresas denunciadas se reusaron a vender resina de polipropileno a BOPP, esto aparentemente configuraría abuso de posición de dominio sancionado en el artículo 5, literal c) de la Decisión 285.

No solo BOPP denuncia el hecho que PROPILCO se reusase a vender resina de polipropileno, sino que PROPILVEN pese a tener compromisos de venta de la denunciante, no cumplió y si lo hizo fue defectuoso.

Sin embargo las empresas denunciadas alegaron que BOPP, no había hecho los pedidos de acuerdo a los procedimientos regulares y que no se debía a una intención de negativa de venta, es más, PROPILVEN, señaló que la demora en las entregas era porque la denunciante no cumplió con los cronogramas de pago.

Por último las empresas denunciadas atribuyen a que la denuncia de BOPP, es debido a que no se llegó a acuerdos satisfactorios sobre el precio y las condiciones de venta.

Este último argumento es acogido por la Junta pese que se intentó que las empresas llegasen a un acuerdo pero BOPP manifestó que no podía pagar el precio que era más elevado que de terceros países.

⁴⁵ La Junta del acuerdo de Cartagena emitió la Resolución 484, Solicitud de la empresa Polipropileno Biorientado (BOPP) del Ecuador Cía. Ltda. Pidiendo imposición de medidas correctivas frente a supuestas prácticas restrictivas a la libre competencia.
<http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/ResolucionesJunta/RES484.doc>

Otro parámetro que utiliza la junta es que otras empresas Ecuatorianas compraban la resina de polipropileno tanto PROPILVEN y PROPILCO, sin mayores inconvenientes. Por lo que para la Junta no se acredita la práctica anti competitiva, desestimando la denuncia.

Se ha observado, existía hasta entonces una falta de metodología y profundidad en las investigaciones emprendidas por los miembros de la Junta, este estudio era muy superficial e inexacto, sobre todo entender cómo funciona el mercado específico.

2.5. Caso Gobierno de Bolivia contra Del Llano S.A⁴⁶

El Gobierno de Bolivia denunció ante Secretaría General de la CAN a la empresa colombiana “Del Llano S.A.” que a través de publicidad falseada buscaba limitar la importación y evitar competir con los productos del sector de oleaginosas de Bolivia, lo que según este país constituiría actuaciones paralelas y abuso de posición de dominio.

El Gobierno Boliviano presentó como sustento de su denuncia recortes de periódicos Colombianos, donde supuestamente se estaría infringiendo los artículo 3, 4 y 6 de la Decisión 285.

Cuando se procede a determinar qué porcentaje de la producción total colombiana de aceites refinado para consumo humano, esta empresa solo representaba el 2%, lo que implicaba una participación muy baja para tener una posición de dominio y menos haber incurrido en abuso del mismo y aunque la responsabilidad de la publicación recae a la empresa denunciada, esta no es requisito suficiente para su procedencia. Por esto la Secretaría General de la CAN declara improcedente dicha solicitud⁴⁷.

⁴⁶ Resolución 389 Declara la improcedencia de la solicitud inicial de investigación, por supuestas distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas a la libre competencia, interpuesta por el Gobierno de Bolivia <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/resoluciones/reso389.doc> distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas a la libre competencia, interpuesta por el Gobierno de Bolivia. <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/resoluciones/reso389.doc>

⁴⁷ Resolución N° 389 (08/05/2000). Por la cual se declara la improcedencia de la solicitud de inicio de investigación, por supuestas distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas a la libre competencia, interpuesta por el Gobierno de Bolivia contra Del Llano S.A. <http://www.comunidadandina.org/normativa/res/r389sg.htm>

Como se aprecia, se repite una constante en los casos de Comunidad Andina, que es la intervención del Estado, distorsionando la competencia. Este es uno de los puntos más débiles del sistema Andino, dado que por razones fundadas en la política de Estados y principalmente por deficiencia u ignorancia de los funcionarios de los Estados miembros llevan a vulnerar las normatividad Andina.

2.6. Caso Confederación Nacional de Palmicultores y Empresas de Palma Aceitera del Perú (Industrial del Espino S.A., Industrial Alpamayo S.A., Alicorp S.A y Ucisa S.A.) contra Palmicultores Colombianos⁴⁸

La Confederación Nacional de Palmicultores y Empresas de Palma Aceitera del peruanas citadas, denuncian a los Palmicultores colombianos por distorsiones en la competencia ocasionadas supuestamente por la fijación de los precios de venta de los aceites crudos de palma y palmiste en Colombia, producto de la utilización de los mecanismos del *Fondo de Estabilización de Precios para el Palmiste, Aceite de Palma*, perjudicando supuestamente a la producción peruana de aceites crudos de palma y palmiste, a través de las importaciones provenientes de Colombia, de aceites crudos de palma.

Este caso se diferencia de los anteriores, se puede apreciar que hay mayor detalle en la investigación, dado que se busca establecer el mercado de producto y mercado Geográfico, sin embargo la parte procesal, observa el procedimiento de casos anteriores, porque se da en un momento de transición del cambio de normatividad en la Comunidad Andina.

2.6.1. Mercados relevantes

⁴⁸ Resolución 984 Investigación iniciada mediante Resolución 892, al amparo de la Decisión 285, relativa a la solicitud de la Confederación Nacional de Palmicultores y Empresas de Palma Aceitera del Perú, y de las empresas Industrial del Espino S.A., Industrial Alpamayo S.A., Alicorp S.A. y Ucisa S.A. para la "...aplicación de medidas para corregir perjuicios causados por prácticas restrictivas a la libre competencia" <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/resoluciones/RES0984.doc>

2.6.1.1. Productos objeto de la práctica

Los diferentes aceites, 17 en total, cuyos precios se cotizan mundialmente y teniendo un alto grado de sustitubilidad o complementariedad, variando según sea su composición en ácidos grasos. De acuerdo a sus características propias, también tienen usos diferenciados. En el caso peruano, se utiliza asimismo al aceite de algodón como sustituto de los aceites de palma y soya. Los precios de la soya fluctúan en su mercado más relevante en América del Sur, Argentina.

2.6.1.2. Producto afectado por la práctica

El valor existente de la compensación por aceites de palma, compuestos de la manteca vegetal exportada al Perú distorsiona la competencia en el mercado peruano de la manteca.

Es evidente que el consumidor peruano, no discrimina las mantecas según el tipo de materia prima utilizada, siendo indiferente a que sea vegetal o de pescado siempre que cumpla con los requerimientos de refinación física. Por eso no se señalan en las etiquetas el tipo de los aceites con los cuales se elaboran, solo hacen referencia a “grasas comestibles”, o “aceites vegetales hidrogenados”.

Además se tiene en cuenta que el uso es casi exclusivamente para panaderías, siendo la manteca importada de Colombia sustituto y directamente competidor con el producto peruano.

2.6.2. Comercio entre Colombia y Perú

Los principales importadores de manteca vegetal para el consumo cuyo origen es Colombia, son muy diversas⁴⁹, sobre todo aquellos que utilizan manteca como insumo. Los proveedores colombianos eran principalmente las distribuidoras Grandinos (73 por ciento), C.I. Famar e Incauca.

⁴⁹

Entre las empresas podemos mencionar: Interloom, Levapan, Molinería Inca, Contratistas Generales Métricos S.A., Vegetalia S.A.C., Kraft Foods Perú S.A., Molitalia, Proteínas Peruanas para la Industria S.A.C., Panificadora Bimbo, Nestlé Perú S.A., y Latino Ingredientes S.A.C.

Existe un comercio intrasubregional de aceites crudos vegetales productos provenientes de terceros países.

En la Comunidad Andina, el Perú ha liberado el comercio de los aceites vegetales crudos y de la manteca vegetal, pero utilizando una salvaguardia.

2.6.3. Demanda doméstica en Perú

La demanda interna en el Perú de aceite crudo se incrementó entre los años 2001 y 2004, de 185 mil a 257 mil toneladas; en contraste, la demanda de manteca comestible decreció de 56 mil a 54 mil toneladas. En la determinación de las ventas internas de aceite crudo de palma/palmiste en el Perú, se incluyen tanto, las ventas directas de y su incorporación como insumo en la fabricación de manteca en para incluir la integración vertical de las empresas productoras en el Perú.

2.6.4. Mercados relevantes identificados

El mercado relevante del producto, es el aceite crudo comestible en el ámbito peruano.

El mercado del producto afectado por la práctica, es el de la manteca comestible en el Perú.

2.6.5. El Fondo de Estabilización de los Precios del Palmiste, del Aceite de Palma y sus Fracciones (en adelante “Fondo”)

Opera como cuenta especial, sin contar con personería jurídica, añadida al Fondo de Fomento Palmero⁵⁰, cuya función es la administración de los recursos del programa de estabilización de precios del sector palmicultor. Su propósito es incentivar el acceso de los trabajadores agrarios, a mecanismos de comercialización de los productos, asistencia

⁵⁰ Creado por LEY 138 DE 1994 (junio 9), Diario Oficial No. 41.389, junio 14 de 1994, Por la cual se establece la cuota para el fomento de la Agroindustria de la Palma de Aceite y se crea el Fondo del Fomento Palmero.
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0138_1994.html

técnica y empresarial optimizando sus ingresos y calidad de vida.

Fedepalma tiene a cargo la administración además del Fondo de Fomento Palmero contractualmente concedido por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

Se fija un precio para el mercado interno Colombiano del aceite crudo de palma⁵¹.

2.6.6. La Práctica que es objeto de investigación

2.6.6.1. La naturaleza de la práctica:

El artículo 2 de la Decisión 285 establecía que las empresas competidoras están en el derecho de solicitar autorización o mandato de aplicación de medidas para corregir, los perjuicios producidos a la producción derivados de prácticas restrictivas de la libre competencia producidos en Región Andina.

Se entiende que la figura de “fijación de precios”, la especificación de cualquier circunstancia que se considere en la determinación del precio. Como pueden ser: descuentos, márgenes, rebajas entre otros que contribuyan para el cálculo de los precios de los productos o servicios; la Decisión 285, desarrolla por *“términos discriminatorios con relación a los que hubieran prevalecido en operaciones comerciales normales”*, como la modificación de los factores mencionados en circunstancias normales similares a los agentes competidores en un mercado.

Todo gira en torno a corroborar, si la compensación se ha utilizado en fijar, directa o indirectamente, los precios de los aceites de palma para su exportación al Perú con consecuencias perjudiciales en el mercado peruano ya sea creando distorsión o falseando la competencia. Teniendo en cuenta lo anterior, la Resolución 892 llega a la conclusión que se ha demostrado que la implementación de dicho fondo ha afectado a ese específico mercado peruano.

El Comité Directivo del Fondo, acordó otorgar una compensación, que consistía en que, a cada exportador colombiano de aceite de palma se le remuneraba con un monto

⁵¹ Según los Acuerdos 131 y 132 (agosto 2004) del Comité Directivo del Fondo se establece la metodología para el cálculo del indicador del precio para el mercado interno de Colombia del aceite crudo de palma. Dicho indicador considera el precio de una canasta que incluye el precio del aceite crudo de soya como la oleína y estearina de palma RBD de Malasia y el sebo blanqueado americano.

compensatorio mensual por cada kilogramo de aceite exportado al Perú.

Los exportadores colombianos se han beneficiado con las compensaciones mencionadas, que percibían del Fondo, posibilitando que los mismos puedan reducir sus precios al mercado peruano, adquiriendo términos de ventaja frente a los competidores peruanos que no tenían antes del establecimiento del fondo.

2.6.7. Perjuicio a la producción nacional Peruana

Tenemos como base lo estipulado en el artículo 13 de la Decisión 285 que estipula que para que se determine si existe o no perjuicio, se deberá examinar la escala del volumen del intercambio de los productos específicos, los precios o servicios sujetos a las prácticas y el impacto en la producción o exportaciones dañadas por dichas prácticas, de las mismas se infiere la propensión actual o probable de los factores económicos correspondientes.

Se ha detectado una disminución de las ventas, con el correspondiente desplazamiento de las mismas a favor las importaciones provenientes de Colombia de manteca comestible a precios muy inferiores, en perjuicio de la producción de la empresa Alicorp.

Las medidas correctivas fueron: se autoriza a que el Perú pueda aplicar desde la entrada en vigor de la correspondiente Resolución, durante un año, medidas correctivas a las importaciones procedentes de Colombia, de manteca de aceite de palma⁵².

Sin embargo debe haber una equivalencia entre el monto subsidiado a los productores de Colombia de manteca vegetal comestibles, con el *Fondo de Estabilización de Precios para el Palmiste, Aceite de Palma*, tomando como referencia desde el mes anterior su ingreso a los puertos del Perú.

Como se aprecia por fin, pese a estar en un momento de transición de la antigua Decisión 285 a la Decisión 608, se nota un mayor esfuerzo por la autoridades de competencia en, primero, delimitar el mercado de producto y el Geográfico entendiéndose, que dicho fondo está destinado a subvencionar la producción interna de Colombia, puede afectar el mercado regional, dado que colocaba a los productores peruanos en desventaja, este caso fue bastante significativo, dado que emergía en un momento en que las circunstancias cambiaban, respecto al tratamiento de las distorsiones

⁵² Clasificadas en las subpartidas NANDINA 1511.90.00, 1516.20.00 y 1517.90.00

del mercado subregional, que no se había hecho antes.

2.7. Comentarios Finales a la Sección Segunda

No es difícil deducir que pese a las modificaciones introducidas el marco institucional de la defensa de la competencia en la Comunidad Andina, sigue siendo deficiente, concretamente, en el control al abuso de posición de dominio, pese a ser uno de los casos más frecuentes, no se ha concretizado en medidas correctivas, lo que está provocando que la integración regional se distorsione por la segmentación de los mercados, basándonos en los antecedentes estudiados, se aprecia intentos muy elementales, sin llegar a profundizar las investigaciones, ni establecer los parámetros descritos anteriormente para llevar a cabo un estudio que nos lleve a determinar la existencia del abuso de posición de Dominio.

La Comisión de la Comunidad Andina, el 29 de marzo de 2005, expidió la Decisión 608 (Norma para proteger y promover la libre competencia en la Comunidad Andina) sustituyendo a la Decisión 285, que durante sus catorce años de vigencia, fueron claras su falencias, como la inexistencia de sanciones, sobretudo la carencia de facultades de investigación, para empeorar las cosas estableciendo requisitos que entrampaban todo el proceso, como probar el perjuicio o la amenaza (probabilidad) a la industria Nacional. Las razones de que una estrategia de este tipo haya consistido en mecanismos institucionales débiles, entre otros es que definitivamente que el diseño primigenio del sistema Andino de competencia no se priorizó la competencia, sino que posteriormente se puso de manifiesto la importancia de este tema, para el desarrollo del Mercado Común dentro de la Comunidad Andina.

Por eso la nueva Decisión 608, marca un esfuerzo por viabilizar el sistema de control de competencia en la Comunidad Andina. Significó, mayores facultades hacia la Comunidad, como actuar directamente en los países miembros, a través de órdenes directas, investigaciones y sancionando pecuniariamente con multas, inclusive la facultad de instruir a los gobiernos de verificar que su normatividad en materia económica no

distorsione la libre competencia⁵³.

Sin embargo pese a los avances mencionados en la Decisión 608, en casi 9 años de vigencia, ha caído en saco roto, ya que se ha producido una desaceleración generalizada de la Comunidad Andina que también ha afectado el sistema de Competencia, paralizándose toda la reforma, peor aun cayendo en una inacción que persiste hasta la actualidad.

Es importante recalcar, que se contempla que los Estados miembros no pueden en su normal funcionamiento, recurriendo a la potestad reguladora de su economía doméstica, adoptar medidas que pueden distorsionar o entorpecer la competencia en los mercados de la subregión. Cabría iniciar acciones de incumplimiento⁵⁴ ante la Comunidad y en consecuencia, recurrir a procedimientos sancionadores de dicha conducta⁵⁵.

Se puede afirmar que el Estado es el mayor factor invasivo de la competencia.

Los agentes económicos con posición de dominio en el mercado, utilizan su poder de mercado para cada vez más para incrementar su influencia, incluso por concentraciones de empresas que incursionan en otros mercados.

⁵³ CORTÁZAR MORA, Javier, "Decisión 608 de la Comunidad Andina: Un paso adelante para el sistema antimonopolios de la región" Rev. Derecho Competencia. Bogotá (Colombia), vol. 2, n° 2: 123-152, enero-diciembre 2006. Consulta: 28 de mayo de 2013 http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_colecc/CEDEC.htm#Vol_2_n_2

⁵⁴ ACCIONES DE INCUMPLIMIENTO: La acción de incumplimiento en fase jurisdiccional está regulada en el Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y en el Estatuto. A través de esta competencia, se controla el cumplimiento de las obligaciones impuestas a los Países Miembros por las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino.

⁵⁵ Artículo 36 de la DECISIÓN 608, Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina. "Artículo 36.- En la adopción y aplicación de las políticas y medidas regulatorias de mercado, los Países Miembros no impedirán, entorpecerán ni distorsionarán la competencia en el mercado subregional. El Comité podrá elevar recomendaciones tendientes a eliminar, cuando corresponda, estos trámites y requisitos para promover el ejercicio de la libertad económica y la competencia"

Desde una perspectiva procedimental, existen 2 niveles, uno doméstico en los países miembros y otro regional, esto inevitablemente, conduce a los conflictos entre legislaciones nacionales y Comunitarias, ya que lo que puede ser considerado por la administración doméstica como tolerable, como concentraciones de empresas, es considerado atentatorio por parte del Derecho comunitario, pero como sabemos la primacía de Derecho Supranacional nos lleva que se deje de lado el derecho nacional y esto es importante para proteger a los mercados ampliados.

Se ha implementado un régimen de sanciones más severo. Es difícil disuadir a las empresas de no recurrir a conductas anticompetitivas, dado que son en sí mismas más rentables, perjudicando al mercado, dado que el sistema tiene que tener una fuerza disuasiva igual o mayor a dichos beneficios.

Por otro lado se debe orientar la protección frente a la acción de empresas extra comunitarias que vienen, sobretudo de países fuera de la Comunidad Andina, cuyo poder de mercado origina un abuso de posición de dominio que produzca daños irreparables al mercado regional, por eso es imprescindible considerar la protección ante esta eventualidad⁵⁶.

⁵⁶ Artículo 5 (b) de la DECISIÓN 608, Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina. "Artículo 5.- Son objeto de la presente Decisión, aquellas conductas practicadas en: b) El territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos reales se produzcan en dos o más Países Miembros."

SECCIÓN TERCERA

La Posición de Dominio en los mercados ampliados y países de la Comunidad Andina

Esta sección desarrolla el antecedente fundamental para esta investigación, *los niveles de integración*, como punto neurálgico, dado que a mayor integración más necesario es tener un marco institucional, que evite las distorsiones del mercado, sobre todo, cuando se llega al nivel Unión Económica, que no solo implica un mercado común, sino que además: la eliminación de barreras comerciales, una sola política comercial, libre tránsito de productos y personas, unión monetaria, entre otros. Podemos afirmar que la Comunidad Andina está a un paso de este sistema, ya es una Unión Aduanera y se ha tomado en serio la protección sobre el tratamiento del Abuso de Posición de Dominio. Vemos que la Decisión 608 (Norma para proteger y promover la libre competencia en la Comunidad Andina) que sustituyó a la Decisión 285, fue consecuencia de la evolución de este sistema, lamentablemente ha tenido dificultades, que se deben a circunstancias ajenas al propio marco de protección a la competencia.

3.1 Niveles de integración o mercados ampliados

Como se muestra en Figura N° 1, se aprecia los siguientes mercados ampliados:

Área de libre comercio, Unión aduanera, mercado común, unión económica y la unión política.

3.1.1 El Área de Libre Comercio (tratados de libre Comercio)

El Área de Libre Comercio implica la supresión de las barreras en la comercialización de bienes y servicios entre los países que han suscrito el tratado. En términos generales, significa que no se imponen aranceles

discriminatorios, cuotas, subsidios o cualquier medida administrativa obstructiva entre los países integrantes del acuerdo comercial.

La mayoría de los acuerdos regionales son tratados de libre comercio, se entiende, por qué existen más libertades para los países integrantes, dado que sus políticas son determinadas libremente respecto de países que no pertenecen a dicha zona, es así, que principalmente los aranceles aplicados a países no miembros de la zona de libre comercio son distintos en cada país miembro.

El ejemplo más conocido es la European Free Trade Association (EFTA)⁵⁷, otro ejemplo es el área de Libre Comercio denominada Tratado de Libre Comercio de América del Norte⁵⁸.

3.1.2 Unión Aduanera

En este caso además de eliminar las barreras arancelarias entre los países miembros, se adopta una política comercial exterior común. Esto implica que el manejo de dicha política ya no puede estar en manos de los países miembros de manera individual, sino, creando instituciones de carácter comunitario que son los que planifican y aplican dicha política común, por eso tanto la Unión Europea y la Comunidad Andina, tienen un conjunto de instituciones con atribuciones legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales, que evitan que los países se aparten del manejo común.

⁵⁷ Asociación Europea de Libre Cambio (AELC) o Acuerdo Europeo de Libre Comercio (también conocida por sus siglas en inglés EFTA European Free Trade Association), fue fundada por el Convenio de Estocolmo en 1960. El objetivo inmediato de la Asociación era proporcionar un marco para la liberalización del comercio de bienes entre los Estados miembros. Al mismo tiempo, la AELC se estableció como un contrapeso económico a la Comunidad Económica Europea impulsado políticamente más (CEE). Relaciones con la CEE, después de la Comunidad Europea (CE) y la Unión Europea (UE), han estado en el centro de las actividades de la AELC desde el principio. Fue fundada por los siguientes siete países: Austria, Dinamarca, Noruega, Portugal, Suecia, Suiza y el Reino Unido. Finlandia se unió en 1961, Islandia en 1970 y Liechtenstein en 1991. En 1973, el Reino Unido y Dinamarca abandonaron la AELC para unirse a la CE. Ellos fueron seguidos por Portugal en 1986 y Austria, Finlandia y Suecia en 1995. Hoy en día los Estados miembros de la AELC son Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza. <http://www.efta.int/about-efta/the-european-free-trade-association.aspx>

⁵⁸ El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) es un acuerdo de amplio alcance que establece las reglas que rigen el comercio y las inversiones entre Canadá, Estados Unidos y México. Desde que el tratado entró en vigor el 1 de enero de 1994, el TLCAN ha eliminado gradualmente las restricciones al comercio y a la inversión entre los tres países de la región de América del Norte. http://www.tlcanhoy.org/faq_es.asp#faq-1

3.1.3 Mercado Común

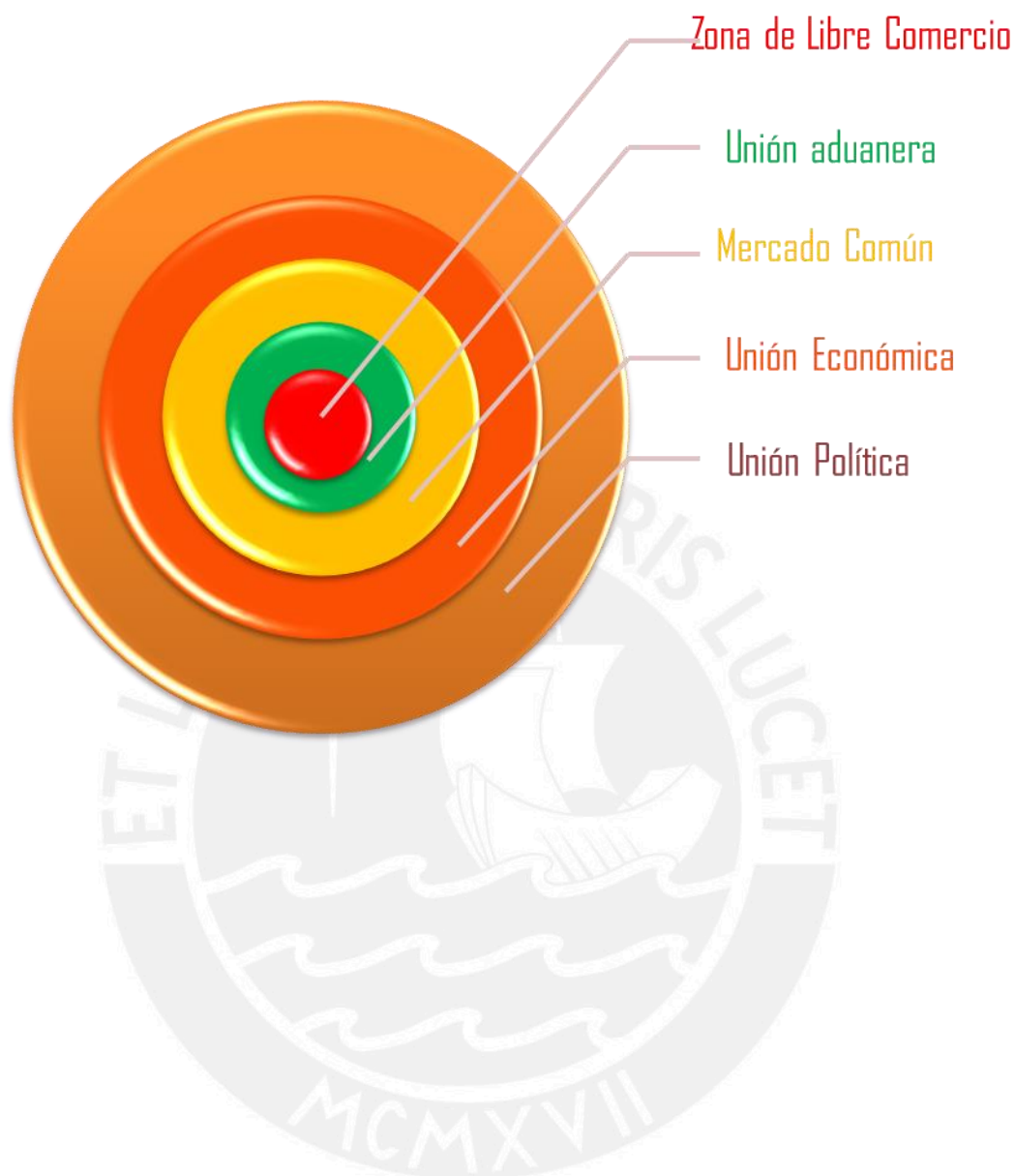
El Mercado Común, significa alcanzar un alto nivel de cooperación, lo que es muy complicado, incluyendo no solo la adopción de una política exterior común sobre comercio exterior, sino el libre tránsito de los factores de producción, ya sea mano de obra o capitales, lo que implica la circulación de los mismos, sin restricción alguna en los países miembros. Esto exige un alto grado de coordinación y cooperación de políticas fiscales, monetarias y laborales. Pese al enorme esfuerzo de la Unión Europea no ha sido posible concretarse en su totalidad, lo que ha desencadenado la crisis que vive actualmente dicho bloque.

3.1.4 Unión Económica

Además de las características del mercado común (la inexistencia de barreras comerciales, una política comercial común), se establece un libre tránsito de productos y factores de producción, políticas fiscales y homologación de las tasas impositivas. Lo anterior, implica un manejo monetario uniforme, lo que conduce finalmente una moneda común. Este último paso lo dio la Unión Monetaria Europea, que se ha tambaleado, pese al sacrificio de la soberanía de los países, aún continúan las diferencias entre tasas, normas impositivas y sobretodo un desbalance fiscal.

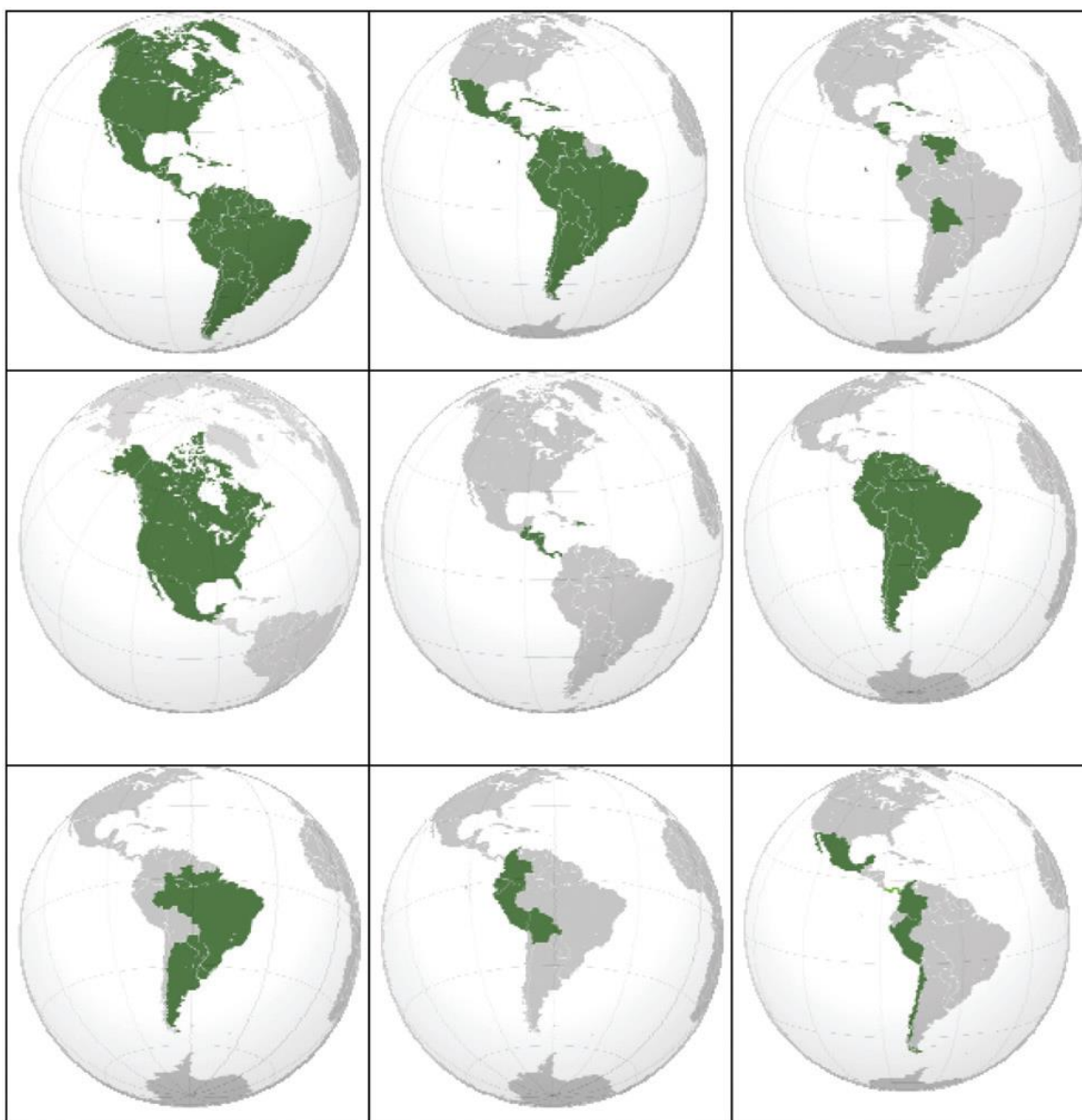
3.1.5 Unión Política

La Unión Europea aspiraba llegar a esta fase, que implicaba un aparato político central que coordine la política económica, social y exterior de todos los Estados miembros, fracasando en este propósito. Los Estados Unidos de Norte América es el mejor ejemplo con su modelo federal, dado que los estados independientes están unidos en un solo macro Estado federal.

Figura N° 1 Niveles de Integración Económica⁵⁹⁵⁹

HILL, Charles "Negocios Internacionales" Octava Edición. McGraw-Hill Interamericana Editores S. A. de C. V. México, 2011. 705p.

Figura N° 2: Tratados regionales en América⁶⁰

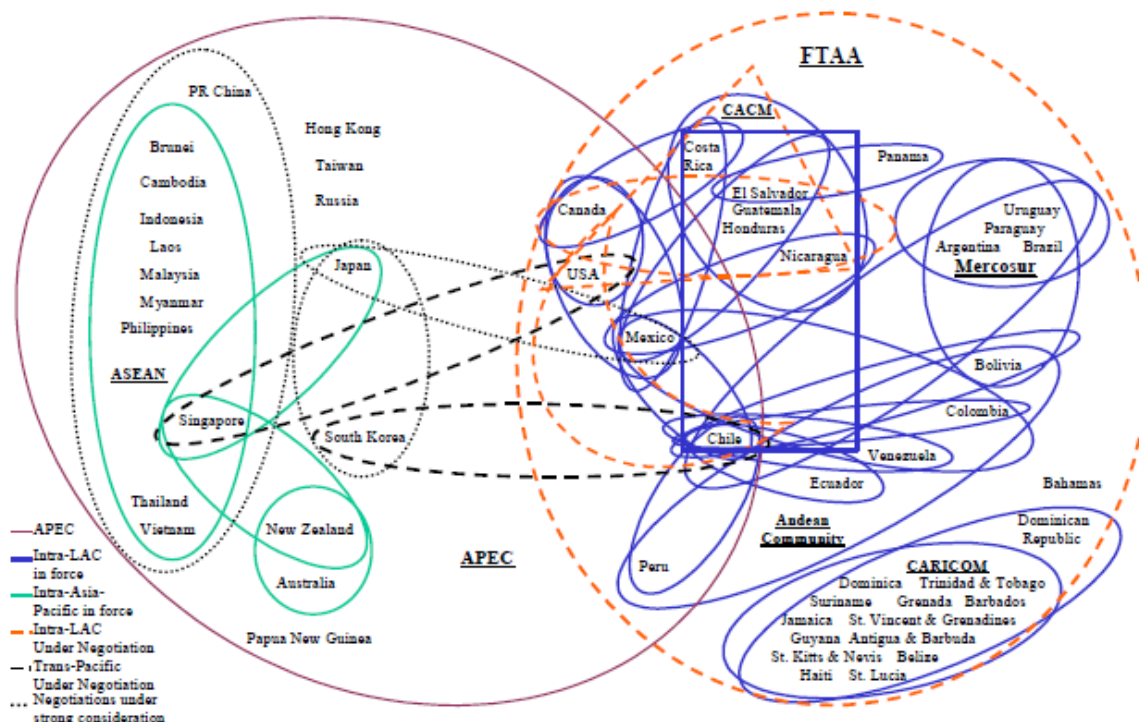


De izquierda a derecha: (1) América, (2) Latino América, (3) ALBA, (4) América del Norte (NAFTA), (5) Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), (6) Sudamérica (UNASUR), (7) Mercosur, (8) Comunidad Andina, and (9) La Alianza del Pacífico.

⁶⁰

MALAMUD, Andrés & GARDINI, Gian Luca (2012): Has Regionalism Peaked? The Latin American Quagmire and its Lessons, the International Spectator: Italian Journal of International Affairs, 47:1, 116-133. <http://dx.doi.org/10.1080/03932729.2012.655013>

Figura N° 3: Acuerdos de Comercio e integración firmados y que están en proceso de negociación en Asia-Pacífico y la Américas⁶¹



Como se puede apreciar en esta Figura se ve el enredo que ha causado la firma de acuerdos comerciales, que ha traído la superposición de normas y complicaciones en el comercio regional, esto se materializa en tarifas arancelarias complejas, dado que hay tener en cuenta el origen del producto para la aplicación del acuerdo específico, esto sin mencionar las importaciones paralelas⁶². Sin embargo el lado positivo, es una mayor liberalización del comercio y la integración de más países a estos convenios contribuyendo a uniformizar dichas reglas.

⁶¹ DEVLIN, Robert and ESTEVADEORDAL, Antoni, "Trade and Cooperation: A Regional Public Goods Approach", Integration and Regional Programs Department, Inter-American Development Bank, Paper presented at the PECC Trade Forum on Developing Patterns of Regional Trading Arrangements in the Asia-Pacific Region: Issues and Implications, Vancouver, Canada November 11-12, 2002.

⁶² Situación en la que un producto fabricado legalmente en el extranjero (es decir, no un producto pirata) se importa sin permiso del titular del derecho de propiedad intelectual (por ejemplo, el titular de una marca de fábrica o de comercio, o de una patente). Algunos países lo permiten, pero otros, no. **Glosario de términos (Guía de "la jerga de la OMC")** http://www.wto.org/spanish/thewto_s/glossary_s/glossary_s.htm.

3.2 Influencia de los mercados ampliados en la competencia

Santiago Roca⁶³ menciona, que según se van flexibilizando o eliminando, los aranceles, se van ampliando los mercados, exponiéndolos a prácticas anticompetitivas, cada vez más sofisticadas.

Un punto que hay que tener en cuenta, son los derechos de propiedad intelectual que propician la generación de monopolios, pudiendo ser su causa, el abuso de posición de dominio en los mercados ampliados. Por ejemplo, el de otorgar licencias de derechos de propiedad intelectual. El propietario de estos derechos puede conceder una licencia a cualquier interesado para que produzca o/y distribuya un determinado producto, incluso si no contara con los recursos o los conocimientos técnicos para hacer y o distribuir el producto en un determinado mercado. El sistema de licencias otorga al titular del derecho, obtener regalías o royalty a cambio de autorizar a otros que exploten el producto. El problema surge en las licencias exclusivas con protección territorial absoluta, bajo la cual la competencia con terceros quede eliminada.

3.3 La Comunidad Andina y la Unión Europea, como acuerdos internacionales con objetivos de armonización

En este contexto, estas Instituciones supranacionales asumen un rol protagónico, donde siempre hay un órgano especializado en el control de los actos anticompetitivos, en el caso de la Unión Europea es la Comisión de la Unión Europea el órgano encargado de la aplicación de la legislación comunitaria en materia de competencia, en la Comunidad Andina es la Secretaría General de la Junta del Acuerdo de Cartagena y el Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia que participa en todas las etapas de los procedimientos de protección de la libre competencia.

⁶³ ROCA TAVELLA, Santiago, 2005, "Las políticas de Competencia en mercados ampliados". En Legislación y las políticas de competencia en la Comunidad andina. Constitución económica, regulación y políticas de competencia. Lima: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

Sin embargo la existencia de un órgano supranacional que se encarga de preservar la libre competencia no sustrae a las instituciones nacionales de protección de libre competencia de participar en o coadyuvar a la consecución de este fin. Es importante la coordinación de estos dos niveles en proteger la libre competencia.

3.4 Visión comparada de los enfoques sobre posición de dominio a través de Casos emblemáticos en los países de la Comunidad Andina

En el modelo colombiano, el organismo a cargo de la defensa de la competencia es *la Superintendencia de Industria y Comercio*, específicamente en la división de libre competencia, que investiga y sanciona las prácticas desleales a la competencia.

3.4.1 El Caso Colanta⁶⁴

La Cooperativa Lechera de Antioquia (Colanta) es una cooperativa colombiana sin ánimo de lucro, fabricante de productos alimenticios, principalmente lácteos. Los productores de leche del departamento de Antioquia, argumentaban que la cooperativa en mención, discriminaba a los productores, ya que algunos recibían bonificaciones y otros no, condicionaba la compra de leche a mejores precios a la adquisición de concentrado para ganado producido por Colanta, condicionando el acceso de nuevos productores de leche, a que estos adquirieran productos de Colanta exclusivamente.

La Superintendencia Colombiana determinó:

Respecto al agente económico “Colanta”, era una Cooperativa sin ánimo de lucro orientada al beneficio común, justamente en beneficio del campesino Antioqueño.

3.4.1.1 Mercado relevante:

Era el mercado en la etapa de acopio de leche fresca.

⁶⁴

Caso presentado por Julio Castañeda Acosta, jefe de división de Libre Competencia del Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia

3.4.1.2 Mercado Geográfico:

Dado que el 50% de la plantas procesadoras de Colanta se encontraban en Antioquia, su influencia era mayor en esa región.

Hay que recalcar que existe la discrepancia, por el hecho que es un producto primario, que puede tener sustitutos en otros alimentos, como leches hechas de otros insumos, por ejemplo la soya.

Participación en el mercado, Colanta tenía aproximadamente el 80% del mercado de acopio de leche destinada a pasteurización y alrededor del 65% de los productores de leche de Antioquia eran de Colanta, mientras que Parmalac su segundo competidor solo tenía alrededor del 30%. Respecto de los ingresos por leche pasteurizada Colanta percibía el 85% frente a sus competidores que solamente representaban el 15%.

3.4.1.3 Barreras de entrada

Barrera Económica, Colanta tenía una planta moderna con tecnología para el acopio, que si una empresa que quisiera ingresar al mercado, no podría hacer una inversión de casi un millón de dólares, tecnología que no contaban sus competidores.

Barreras Legales

Se necesitaba permisos especiales para la construcción de la planta.

Trabas sanitarias respecto del ministerio de Salud.

Se llega a la conclusión que la empresa Colanta tiene posición dominante de mercado, entonces, lo que se debe demostrar es que si existía un abuso de dicho dominio.

Respecto a la evidente discriminación de precios, se basaba en la calidad de la leche, dado que unos productores tenían procesos tecnológicos de ordeño, que

preservaban la calidad de la leche con sus nutrientes y vitaminas intactas y otros no. Lo cual era avalado por el Ministerio de Agricultura.

Todavía había que comprobar si existían ventas atadas, es decir el requisito de comprar concentrado para el ganado para ser parte de los proveedores de Colanta.

Sin embargo solo se pudo determinar que no era política de Colanta obligar a sus proveedores comprar sus concentrados, sino que era una sugerencia de los veterinarios, no vinculados a la Cooperativa en cuestión.

Tampoco se determinó que Colanta obstruyera el mercado, dado que en la investigación observaron que la mayoría de productores también utilizaban otros concentrados de otras marcas.

Se llega a la conclusión de que no había abuso de posición de dominio.

En este caso en mi opinión, el método fue más de campo que técnico, dado que se basaron en interrogatorios y pesquisas, que en determinar los factores como el mercado de producto y geográfico o los factores que llevaban a que Colanta siguiera desplazando a la competencia, año tras año. Las prácticas anticompetitivas serían: vinculación del suministro del producto a la aceptación de otro, que no tiene ningún nexo con dicho producto, esto se aprecia en el condicionar la compra de leche a mejores precios a la adquisición de concentrado para ganado producido por Colanta. También la vinculación a concesión de descuentos de fidelidad o bonificaciones, discriminando a los productores, teniendo en cuenta que algunos recibían bonificaciones y otros no.

3.4.2 El Caso Talma⁶⁵

Este caso es peruano, abordado por INDECOPI.

Este caso fue interpuesto por Almacenes y Logística en adelante (ALSA) contra Talma Menzies S.R.L. en adelante (TALMA), por presunto abuso de posición de dominio, por en la modalidad de discriminación de precios.

⁶⁵

Caso presentado por Hugo Gómez Apac, Ex secretario Técnico de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI.

Ambas empresas son terminales de almacenamiento de carga aérea. Lo que sucedía era que TALMA tenía el depósito de la mercadería del avión, donde era retirado por sus clientes que son los Consignatarios (importadores). Como toda la carga llegaba a TALMA, ALSA tenía que retirar la mercadería por la que había sido contratada por sus clientes (consignatarios) a su propio terminal, pero TALMA le cobraba costos adicionales que no les cobraba a otros clientes.

3.4.2.1 Determinación del Mercado Relevante

Para su determinación se tiene que ver el grado de sustituibilidad por el lado de la demanda, esto implica que, los otros productores pueden cambiar su producción por el producto que estamos estudiando, ante una variación de precio y rápidamente.

En el Perú como el volumen de importación es muy reducido, las líneas aéreas no dan el servicio de terminal de almacenamiento, sino, que lo tercerizan, en este caso las más grandes son TALMA, Swissport y Shohin, estas compiten por recibir la carga de las aerolíneas, brindándoles el *servicio de rampa*⁶⁶ gratis, por lo que las aerolíneas eligen al terminal de carga que le sea más ventajoso, firmando un contrato de exclusividad, por lo que el cliente (importador o exportador) que contrata a una aerolínea no puede elegir el terminal de almacenamiento.

Cuando ingresa la empresa ALSA, sólo quería dar el servicio de terminal de almacenamiento, como depósito de mercaderías y no brindar el servicio de rampa. Cuando ALSA, se dirigió a los almacenes de TALMA, este le facturó costos adicionales, entonces la percepción de ALSA es que, querían sacarla del mercado.

3.4.2.2 Producto o servicio relevante.

El gran problema era definir el servicio relevante, que generó marchas y contra marchas, pero vamos a referirnos a las conclusiones de la secretaría técnica.

⁶⁶

El Servicio de rampa, abarca el mantenimiento de la nave (limpiar el avión, suministrarlo de electricidad, combustible, entre otros) pero además implica el servicio de carga, que consiste en trasladar las mercaderías del avión al terminal de almacenamiento.

Se determinó que el producto debe ser definido por la empresa investigada, es decir el producto demandado por los clientes o consumidores lesionados por el abuso.

Se denomina a TALMA, como terminal de origen por que realiza los siguientes servicios: servicio de almacenamiento temporal, pero ya implica un costo, además el manipuleo de la carga, su tratamiento, servicio de estiba, trámite documentario e informático, entrega preferencial, carga de pesaje y acta de transferencia. Estos conceptos eran cobrados al terminal de almacenamiento de ALSA. Esto podría ser razonable dado que el terminal de destino (ALSA) es sólo un intermediario ya que su única función es la de guardar la mercadería hasta que el Consignatario la recoja, por eso TALMA tenía que ser cuidadosa ya que hasta que no se entregue la mercadería a satisfacción del usuario final, existe responsabilidad por la misma.

Entonces el servicio de TALMA, era el tratamiento de la carga, dado que ALSA, no tenía, pretendía, encargarse de todo el proceso que implica, descargar la mercadería hasta entregársela a ALSA para su almacenamiento.

Vemos que el servicio relevante es el tratamiento de carga⁶⁷, como es obvio no existen servicios sustitutos, dado que no hay forma que llegue la mercadería del avión a depósito final.

3.4.2.3 Mercado Geográfico:

Se refiere a las inmediaciones del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, eso abarca Lima y Callao, donde se encuentran principalmente las empresas en litigio.

Otro criterio relevante era la cuota de mercado de las tres empresas que compiten por capturar contratos con las aerolíneas de servicio integral, que a TALMA ingresaban el 55% de las mercaderías, la Swissport el 35% y el resto Shohin.

⁶⁷

Manejo de carga, implica:

Traslado de carga en la plataforma del aeropuerto.

Transporte.

Control y clasificación de la carga.

Paletizado.

Trazabilidad total basada en tecnología de punta.

Desconsolidación.

Canal de comunicación directo con aduanas, agentes de carga y aerolíneas.

Control de la cadena de frío a la carga perecible.

De lo que descarta que la tesis que TALMA, sea la única en le podía brindar dicho servicio.

No se puede afirmar todavía que TALMA, tenga posición de dominio, aunque su participación en el mercado es muy significativa, esto corroborado por el hecho que constantemente, las tres empresas se quitaban los clientes, dado que competían en tarifas, esto demuestra que TALMA, no podía actuar con independencia de las otras empresas, sino que observar constantemente los precios de la competencia.

Otro punto era que estos contratos con las aerolíneas no eran dirigidos sino que se daban plazos entre 30 a 60 días después del aviso para cambiar de empresas prestadoras.

Sin embargo los terminales de destino, tenían la posibilidad de captar aerolíneas, ya que habían contratos de empresas que habían conseguido tercerizar el servicio de tratamiento de carga, la misma ALZA pudo contratar directamente con Aerolíneas Argentinas, tercerizando a TALMA el servicio de rampa.

En conclusión el negocio era la competencia por obtener contratos directos con las aerolíneas, para poder brindar un servicio integral sin necesidad de ocuparse directamente del servicio de rampa.

Por estas razones no se encontró abuso de posición de dominio, ni siquiera posición de dominio, pero existía un abuso de posición contractual dado que TALMA estaría en posición de la mercadería, lo que sucedía era que faltaba transparencia en este mercado, por lo que se exhortó a los órganos competentes exigieran mayor información a los clientes sobre estas transacciones. A diferencia del caso anterior aquí no se pudo establecer, si existían trabas de parte de Talma de acceso a competidores a una instalación o infraestructura esencial, sin el cual el competidor no puede ofrecer sus servicios, en este caso: servicio de almacenamiento temporal, manipuleo de la carga, su tratamiento, servicio de estiba, trámite documentario e informático, entrega preferencial, carga de pesaje y acta de transferencia que evidentemente tenían que ser cobrados al terminal de almacenamiento de ALSA.

3.4.3 El Caso Cenemosa⁶⁸

Este es un caso en Venezuela, investigado de oficio por la Superintendencia de ese país.

La investigación se abrió en contra de la empresa Cementerio Metropolitano Monumental en adelante (CEMEMOSA), que es concesionario del Cementerio del Este, en Caracas, Venezuela.

La empresa prestaba servicios de inhumación, velatorio, arreglos florales, etc. Pero decide también ingresar al negocio de las lápidas, obstaculizando a las empresas de lápidas de tener contacto con sus clientes.

El reglamento de CENEMOSA establecía la obligación de colocar la lápida que tenía que ser aprobada previamente por ella, se llegó al extremo que lápidas adquiridas a empresas distintas de fabricación de lápidas, eran retiradas. La empresa que proveía las lápidas a CENEMOSA era Arte Bronce que tenía su local dentro del Cementerio, que no estaba controlada por la empresa investigada.

3.4.3.1 Mercado relevante

Era obvio que el producto eran las lápidas, en las que obligatoriamente debían incluir, el señalar la parcela de entierro y que además tenían que cumplir con ciertos estándares para que existiera cierta uniformidad en el cementerio.

El mercado Geográfico: Es Caracas la capital de Venezuela, que era la zona Este, sobre todo por el costo y los servicios que se recibía era para clientes de clase media y alta.

3.4.3.2 Integración vertical

Al comprar las lápidas a la empresa fabricante Arte Bronce y así venderla a los clientes, se convertía en un intermediario, es más competían seis empresas

⁶⁸

Expuesto por María Antonieta Magali Rojas, Economista, Gerente de la Sociedad Clasificadora de Riesgos "Clasificadores S&S"

fabricantes de lápidas, cuando CENEMOSA, ingresa al mercado, pone trabas a las otras empresas, prohibiendo la entrada al cementerio de otras empresas, o cobrándoles derechos distintos, lo que encarecía el costo de las empresas competidoras.

El tema se agudiza dado la concesión del municipio a CENEMOSA del cementerio y al no haber otra opción, ya no se encontraban cementerios cercanos. La empresa investigada arguye a su favor que ellos obsequiaban las lápidas y no las vendían, esto para mantener la concesión que les obligaba a mantener la uniformidad del cementerio, así ellos adquirirían las lápidas al fabricante Arte Bronce y como parte del servicio que proporcionaban obsequiaban la placa, así que afirmaba que eran clientes respecto a la compra de lápidas, de las que no obtenían ningún beneficio.

Se demuestra la posición de dominio y el abuso de la empresa estudiada, por el hecho de adquirir y distribuir las lápidas, hace de CENEMOSA un intermediario y no cliente, dado que terminaba incluyendo en el paquete de ventas el valor de la lápida, por lo que se sanciona a la empresa y se toman medidas correctivas. En este caso a diferencia del Colombiano y el Peruano citados anteriormente, es, manifiesto el abuso que sería vertical, concretamente abuso-explotación que se dirige a los proveedores, en este caso de lápidas, dado que esta en un estadio diferente en la cadena de comercialización, excluyen a otros comercializadores de lápidas y obligando a sus clientes a comprarlas exclusivamente a ella.

3.5 Comentarios Finales a la Sección Tercera

El desarrollo de zonas de libre comercio y la integración de las economías, ha traído desarrollo en los países que suscriben estos tratados, pero, también tiene un efecto en la competitividad en dichos mercados, el ingreso de nuevos actores, como empresas y productos que se comercializan dentro dichas zonas.

Se diferencia el tratamiento en zonas de libre comercio como el NAFTA o los tratados de libre comercio que ha firmado el Perú, con terceros países. Es compleja dado que no existen instituciones que sancionen a los agentes económicos que actúan de manera que el mercado ampliado, no se generen promesas competitivas,

entonces se deja a las instituciones de los países, el perseguir los actos anticompetitivos de empresas pertenecientes a los estados miembros.

En el caso de las Uniones aduaneras es más claro, ya que hay instituciones supranacionales que persiguen y sancionan dichas conductas, en el caso de la Unión Europea es la Comisión de la Unión Europea el órgano encargado de la aplicación de la legislación comunitaria en materia de competencia, en la Comunidad Andina es la Secretaría General de la Junta del Acuerdo de Cartagena y el Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia que participa en todas las etapas de los procedimientos de protección de la libre competencia.

Para el mercado común, la integración económica y la integración política ya se consolidan, por los organismos encargados del control de la competencia en dicha área, dado que se trata de una protección integrada, como o el caso de los EEUU, que es un sistema federal que acepta la intervención, por eso en el último capítulo vamos a ver el desarrollo que ha alcanzado la intervención de organismos federales que persiguen, el abuso de posición de dominio. Lo que se observa del contraste del presente párrafo y los anteriores es que dependiendo del estadio del proceso de integración, se implementa un sistema más avanzado de protección de la competencia sobre todo por el hecho que en un mercado común la empresas tienen mayor libertad para actuar, dado la armonización de políticas y normas.

Por último tenemos que el enfoque que ha desarrollado cada país de la Comunidad Andina, se diferencian en cuanto concepción y procedimiento, observamos que los países, como Colombia, Ecuador, Venezuela y Bolivia tienen órganos que protegen la libre competencia, pero al parecer estos tienen diferencias sustanciales en la protección del Derecho de Competencia.

SECCIÓN CUARTA

La Alianza del Pacífico

Este sistema de integración regional se compone de los siguientes países: Chile, Colombia, México y Perú⁶⁹, su finalidad es crear mercados integrados por los países miembros, que sean atractivos, incrementando su nivel de competitividad en el contexto internacional.

Se busca construir un área de integración, donde se dé, la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas. Además de buscar el desarrollo de las economías de los países miembros, a través de la articulación de sus economías, haciendo énfasis de su desarrollo hacia a la zona del Asia Pacífico.

La Alianza del Pacífico gira entorno a los siguientes temas: (comercio e integración, compras públicas, servicios y capitales, propiedad intelectual, movimiento de personas, de negocios y facilitación del tránsito migratorio).

Dentro de los cuales, los más vinculados al tema de investigación son:

Comercio e Integración: concretamente, la liberalización arancelaria, reglas de origen, obstáculos técnicos al comercio, así como facilitación del comercio y cooperación aduanera.

Servicios y Capitales: crear operadores de comercio con seguridad jurídica para promover el comercio de servicios y la inversión, sobretodo en temas de Comercio

⁶⁹ Establecido en abril de 2011 y constituido formal y jurídicamente el 6 de junio de 2012, con la suscripción del Acuerdo Marco. <http://alianzapacifico.net/>

Transfronterizo.

Por otro lado se trata de desarrollar un modelo regional que impulsa el desarrollo económico, comercial, la competitividad y cooperación efectiva entre sus miembros, insertándose en la economía global.

Se destaca, que el tema de *Coherencia Regulatoria*, es un esfuerzo del desarrollo de buenas prácticas, haciendo énfasis en desarrollar la regulación, la competencia económica, que es lo más relacionado al tema de investigación y la mejora del ambiente de negocios.

Otro tema que es vital, es el mecanismo de solución de diferencias que viabiliza la solución de problemas en la aplicación o interpretación de las disposiciones normativas en este contexto.

Como es evidente todavía podemos decir que existen atisbos de un desarrollo del derecho de competencia, o está en su etapa embrionaria, pero en esta investigación, nos proyectamos a una evolución de este sistema, dado que es evidente que hay consistencia y coincidencias entre sus sistemas de protección a la competencia, concretamente en la lucha contra el abuso de posición de dominio.

A continuación se va analizar de manera comparativa la figura del abuso de posición de dominio, en los países que conforman La Alianza del Pacífico, es decir además de Perú y Colombia que ya analizamos anteriormente vamos a analizar Chile, y México.

4.1 El Abuso de Posición de Dominio en Chile

Es innegable el alto grado de desarrollo del Derecho de Competencia en Chile, producto de la continuidad que se dio a través de su historia, partiendo con la primera ley antimonopolios de 1959 (título v de la ley N° 13.305) y el DL N° 211 (1973). Está claro que el poder disuasivo de los distintos cuerpos legales, fueron robusteciendo la institucionalidad defensora de la libre competencia, posibilitando el establecimiento de sanciones penales⁷⁰.

La sofisticación de la economía de mercado de ese país, produjo problemas de corte estructural, producto del funcionamiento de las comisiones y de la fiscalía, así como los momentos de crisis que sufrió esta institucionalidad, se hizo necesario introducirle reformas profundas al sistema de defensa de la libre competencia, concretándose a través de las leyes N° 19.911 (2003) y N° 20.361 (2009), desarrollando las atribuciones y capacidades de la Fiscalía Nacional Económica⁷¹ y del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC)⁷²,

Respecto al abuso de posición dominante, se encuentre normada en la legislación de Chile en el artículo 6° del Decreto Ley N° 211.

Se han revisado los siguientes casos que han sentado precedente:

⁷⁰ BERNEDO, Patricio. "Historia de la Libre Competencia en Chile, 1959-2010". Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica. Primera edición. Santiago. Chile. 2013.

⁷¹ La Fiscalía Nacional Económica (FNE) es la agencia nacional encargada de velar por la libre competencia. Como tal, debe defender y promover la competencia en todos los mercados o sectores productivos de la economía chilena. <http://www.fne.gob.cl/fne/>

⁷² El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) es un tribunal especial e independiente, de carácter colegiado, que se dedica exclusivamente al conocimiento de aquellas materias vinculadas a la libre competencia. La función de este tribunal es prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia, quedando siempre sujetos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Excm. Corte Suprema. <http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=696&GUID=>

4.1.1 Caso AGIP contra IANSA⁷³ (mercado del azúcar)

Asociación Gremial de Industrias Proveedoras del Sector Privado del Comercio y de Supermercados, AGIP A.G. contra de Industria Azucarera Nacional S.A. (IANSA)

AGIP imputa a IANSA las siguientes cuatro conductas:

1. La eliminación indebida de la competencia tanto en los mercados del azúcar y edulcorantes.
2. El abuso de su condición monopsónica.
3. La discriminación de precios.
4. La intervención en la cuota de importación del azúcar.

De las investigaciones realizadas, se determinó que la conducta que podría configurar abuso de una condición monopsónica imputada, era que IANSA, como único refinador en el país, habría abusado de su poder de mercado en la compra directa de remolacha a los agricultores.

Pero en este caso inicial no se determina que existían argumentos suficientes para establecer que se hallase efectos restrictivos de la competencia de la empresa IANSA.

⁷³

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA. Santiago - Chile, 30/11/2005. Fallo: 4.762-05.- Tercera Sala. Autos rol Nº 4762-05, recurso de reclamación interpuesto, a fojas 107, Asociación Gremial de Industrias Proveedoras, AGIP A.G. contra de la sentencia definitiva Nº 27/2005 pronunciada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (23/08/2005) a fs. 95. En el fallo que se impugna se desechó el recurso de reclamación de fojas 11, interpuesto por la referida asociación gremial, en contra del Dictamen Nº 1.283, de 30 de enero de 2004, de la ex Comisión Preventiva Central de Defensa de la Libre Competencia. <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/>

4.1.2 Philip Morris contra Chiletabacos⁷⁴

International Tobacco Marketing Limitada o Philip Morris (PM), que pertenece a la transnacional *Altria Group*, inició una denuncia contra su competidora, la empresa Chilena de Tabacos S.A., perteneciente a la multinacional *British American Tobacco* (Chiletabacos), A esta última se le atribuía que abusando de su posición dominante, habría incurrido en las siguientes prácticas anticompetitivas:

Negativa de Venta: Chiletabacos establecía la condición que para la venta de sus productos, no se exhibiesen los productos de la competencia.

Negativa de créditos: Chiletabacos eliminaba las líneas de crédito de proveedor, si sus empresas distribuidoras vendieran o exhibieran productos de la competencia.

Retiro de productos y elementos de promoción: Chiletabacos procede al retiro de los puntos de venta a los productos competidores, inclusive elementos de promoción y propaganda, procediendo a reemplazarlos con los elementos de merchandising de la empresa denunciada.

Esto constituye una clara conducta contraria a la libre competencia, específicamente cuando la empresa dominante crea o impone barreras de entrada a nuevos potenciales competidores en su ramo.

⁷⁴

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA/Santiago – Chile, 10/01/2006 Fallo: 4.332-2005.- Tercera Sala a fojas 775, rol C-Nº 11-04, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sucesor de la Comisión Resolutiva (D.L. 211 de 1973) derogada por la ley 19.911 (D.O. 14 de noviembre de 2.003), admitió la denuncia interpuesta por INTERNACIONAL TOBACCO MARKETING LTDA. (Philip Morris) contra la COMPAÑÍA CHILENA DE TABACOS (Chiletabacos), por imposición de barreras de entrada al mercado, por su rol dominante en el mercado, sancionándola con el cese definitivo de esas conductas anticompetitivas. <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/>

4.1.3 “Comercial Arauco Ltda.” contra “Distribución y Servicio D&S S.A.” e “Hipermercado Valdivia Ltda.”⁷⁵

“Comercial Arauco Ltda.”, dueña de “Supermercados Único”, dedujo demanda en contra de “Distribución y Servicio D&S S.A.” y en contra de “Hipermercado Valdivia Ltda.”, porque habrían violado el artículo 3° inc. C) del Decreto Ley N° 211, realizando actos de competencia desleal y prácticas predatorias.

Se señala que “D&S y Líder Valdivia” o simplemente “Líder”, conforman una unidad económica que tiene un significativo poder en el mercado relevante del supermercado minorista⁷⁶ cuya orientación es impedir, restringir o entorpecer la libre competencia.

Se sigue que en la conducta de predación, deben concurrir los siguientes elementos:

Una pérdida a corto plazo y que la empresa dominante tenga un poder exorbitante de mercado potencial u ostentar tal cantidad de recursos financieros que acreciente su poder de dominio, de tal manera que eliminando la competencia del mercado, esté puede libremente subir sus precios, aumentando los beneficios de la empresa a largo plazo.

Se afirma que las campañas contantes de ofertas, promociones a pérdida o por debajo de los costos de producción impulsadas por las cadenas de supermercados, no son ilícitas en sí mismas. De hecho son prácticas legítimas que buscan fidelizar a los clientes habituales y captar nuevos.

⁷⁵ SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA/ Santiago- Chile, 11/07/2011 Fallo: 7.500-2010. Tercera Sala. Autos rol N° 7500-2010/ demandante “Comercial Arauco Limitada”, propietaria de “Supermercados Único”, y por una de las demandadas, “Distribución y Servicio D&S S.A.” (“D&S”), en contra de sentencia del 08 de noviembre de 2010, fojas 2498 por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/>

⁷⁶ **Mercado Relevante del Producto o MRS** definición del Tribunal de la Competencia en Chile: “el ámbito en el que se desarrollan las relaciones entre distribuidores minoristas y consumidores finales, en donde los primeros venden a los segundos productos de consumo masivo (alimentos, de consumo de rápida rotación) por tiendas especializadas, diseñadas para ese fin (supermercados e hipermercados), excluyendo a los minimarket”.

Pese a que las investigaciones determinaron, que Comercial Arauco tenía el 38,7%, Supermercados Bigger con 28,1% y luego Líder con 25,1%. Si bien se considera que la demandada poseía una participación considerable, no era la firma con mayor poder de mercado en Valdivia. Es interesante la afirmación, que aunque Líder no es el actor dominante, sin embargo es capaz de incrementar significativamente su poder de mercado; por otros factores como su poder de compra en todo el mercado Chileno.

De los estudios en la Ciudad de Valdivia, se mantuvieron estables las participaciones de las cadenas de supermercados, por el contrario se desarrollaron proyectos más ambiciosos en este rubro.

No se ha demostrado que la estrategia de precios empleada por D&S estaba destinada a eliminar a la competencia, ni ejercer en forma abusiva un eventual poder de mercado así adquirido y compensar posteriormente mediante dicho abuso.

Respecto a la competencia desleal por la realización de publicidad comparativa engañosa, en Chile los organismos antimonopolios han señalado que la comparación de productos mediante publicidad, es necesaria para la transparencia del mercado como información a los consumidores, requiriéndose que sea veraz, objetiva y demostrable, sin que sea lesiva a la competencia.

Constatándose que la publicidad era equívoca en términos de la canasta total, que es lo que más influye al consumidor, entregaba información distorsionada al público, induciéndolo a error.

Esta acción es un hecho que entorpece la libre competencia, que conlleva a incrementarse una posición de dominio en un mercado determinado.

Los efectos de esa publicidad desviaron a la clientela hacia "*Líder Valdivia*" afectando directamente a "*Supermercados Único*". La información manipulada a los consumidores, puede llevarlos a preferir una cadena de supermercados en perjuicio de otras, asumiendo que está adquiriendo bienes de similar calidad a un costo inferior.

4.2 El Abuso de Posición de Dominio en México

La base Constitucional del Derecho de Competencia se cimentó en el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que prohíbe los monopolios, con la excepción de las actividades del Estado en ciertas áreas estratégicas.

México, se caracteriza por el vaivén de su historia, sin embargo, por el avance de la apertura del mercado mexicano, se ha visto en la obligación de implementar, tratados que obligaban a ese país a regular la competencia. Por ejemplo el TLCAN⁷⁷, hasta ese momento el Derecho de la competencia era relativamente incipiente, existía carencia de reglas homogéneas que protegían el proceso de competencia, es por eso que se tomó como modelo el sistema Norteamericano, dado que es su principal socio comercial.

Dicha ley señala que su principal objetivo es proteger la competencia y libre concurrencia, impidiendo la formación o en su caso la eliminación de monopolios o prácticas monopólicas. La consecuencia final, es de proteger el juego y a los beneficiarios finales, que son los consumidores, no específicamente a los competidores.

Se desarrollaron reformas radicales desde el 2006, hasta la Ley Federal de Competencia Económica, *Nueva Ley* que entro en vigencia a mediados de 2014.

Se han revisado los siguientes casos que han sentado precedente⁷⁸:

⁷⁷ El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) es un acuerdo que señala las reglas que rigen el comercio y las inversiones entre Canadá, Estados Unidos y México. Desde su entrada en vigor el 1 de enero de 1994, el TLCAN ha eliminado gradualmente las restricciones al comercio y a la inversión entre los tres de América del Norte. http://www.tlcanhoy.org/faq_es.asp#faq-1

⁷⁸ El Artículo 54 de la LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de mayo de 2014, dice: “Se consideran prácticas monopólicas relativas, las consistentes en cualquier acto, contrato, convenio, procedimiento o combinación que:

I. Encuadre en alguno de los supuestos a que se refiere el artículo 56 de esta Ley;

4.2.1 Productora y Comercializadora de Televisión SA de CV Mercado relevante: servicios de televisión restringida por cable⁷⁹

Este es un caso típico de División de mercado⁸⁰ en la jurisprudencia Mejicana.

Los accionistas de la Productora y Comercializadora de Televisión SA (PCTV) tenían concesiones para instalar, operar y explotar una red pública de telecomunicaciones en su modalidad de televisión por cable, otorgada por la SCT⁸¹. Estos concesionarios, se coludieron contra sus competidores en ciudades determinadas, a través de PCTV, negando, la concesión en regiones donde existían accionistas de esta empresa brindando el servicio de cable.

-
- II. *Lleve a cabo uno o más Agentes Económicos que individual o conjuntamente tengan poder sustancial en el mismo mercado relevante en que se realiza la práctica, y*
 - III. *Tenga o pueda tener como objeto o efecto, en el mercado relevante o en algún mercado relacionado, desplazar indebidamente a otros Agentes Económicos, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de uno o varios Agentes Económicos.”*

⁷⁹ Expediente N° DE-01-2006-I y acumulados, México Distrito Federal, 14/01/2010, Productora y Comercializadora de Televisión SA de CV. <http://www.cfc.gob.mx:8080/cfcresoluciones/Docs/INVESTIGACIONES/V124/18/1287701.pdf>

⁸⁰ El Artículo 58 de la LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de mayo de 2014, dice: Para la determinación del mercado relevante, deberán considerarse los siguientes criterios:

- I. Las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, en qué medida los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para tal sustitución;
- II. Los costos de distribución del bien mismo; de sus insumos relevantes; de sus complementos y de sustitutos desde otras regiones y del extranjero, teniendo en cuenta fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o por sus asociaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde esas regiones;
- III. Los costos y las probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados;
- IV. Las restricciones normativas de carácter federal, local o internacional que limiten el acceso de usuarios o consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos;
- V. Los demás que se establezcan en las Disposiciones Regulatorias, así como los criterios técnicos que para tal efecto emita la Comisión.

⁸¹ **La Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT)** de México es la Secretaría de Estado encargada de administrar, controlar y operar los medios y métodos de transporte conocidos y por conocerse; así como sus fines de uso. Tiene en su poder el uso total del espectro radioeléctrico y las carreteras federales (incluyendo puentes, vías y demás similares).

Dado que la SCT otorga la concesión a cualquiera que se interese en el servicio de televisión por cable en un área geográfica en la que ya preste servicios otro concesionario, siendo su obligación fomentar la competencia. La actitud de los accionistas de PCTV, tomando medidas como, negar el ingreso de nuevos socios que eran potenciales competidores en los lugares donde ya realizaban su actividad y evitar la competencia entre socios en lugares específicos.

La CFC⁸² se pronuncia que estaba demostrado que los accionistas de PCTV se habían segmentado el mercado⁸³, en espacios concretos, obstaculizando u restringiendo la competencia, desalentando a que otros agentes económicos como a los accionistas de PCTV⁸⁴, a obtener una concesión en aquellos lugares en donde ya operaba un socio de PCTV.

⁸² "Comisión Federal de Competencia Económica" (CFC), creada con la Ley Federal de Competencia Económica publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 diciembre de 1992, actualmente La Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece) con la LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA, Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de mayo de 2014. Esta Comisión tiene por objeto, garantizar la libre concurrencia y competencia económica, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados.

⁸³ El Artículo 57 de la LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de mayo de 2014, dice: La Comisión proveerá lo conducente para prevenir y eliminar las barreras a la libre concurrencia y la competencia económica, en las proporciones necesarias para eliminar los efectos anticompetitivos, a través de los procedimientos previstos en esta Ley.

⁸⁴ El inciso I del Artículo 56 de la LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de mayo de 2014, dice: Entre Agentes Económicos que no sean competidores entre sí, la fijación, imposición o establecimiento de la comercialización o distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón de sujeto, situación geográfica o por períodos determinados, incluidas la división, distribución o asignación de clientes o proveedores; así como la imposición de la obligación de no fabricar o distribuir bienes o prestar servicios por un tiempo determinado o determinable;

4.2.2 Alestra y Avantel contra Telmex⁸⁵

Este tema constituye un caso de Ventas atadas.

Se establece que el mercado relevante es el servicio de larga distancia nacional a través de teléfonos públicos.

La característica sobre los números 800, implica que el costo de la llamada es sufragada por el destinatario y no por el usuario, sean nacionales o internacionales.

Las compañías de comunicación Avantel y Alestra, competidoras directas en el mercado de larga distancia, nacional e internacional, se canalizaban por la Telefonía pública para poder competir en números 800. Denunciaron que solo con tarjetas prepago de Telmex se podían hacer llamadas gratuitas y con un descuento de 50 centavos por minuto. Pero al insertar una tarjeta prepagada que comercializaban las denunciantes, aparecía el mensaje: “número no gratuito favor colgar”.

Como consecuencia de esta limitación las compañías afectadas tuvieron que suspender este servicio de larga distancia a través de los número 800, por que el 75%⁸⁶ de los teléfonos públicos en Méjico eran propiedad de Telmex.

⁸⁵ Expediente DE-07-98 México, Distrito Federal, 25/05/2000. Comisión Federal de Competencia, la empresa Avantel, S.A. (Avantel), presentó denuncia en contra de la empresa Teléfonos de México, S.A. de C.V. (Telmex) <http://www.cfc.gob.mx:8080/cfcresoluciones/DOCS/INVESTIGACIONES/V123/16/1283959.pdf>

⁸⁶ El Artículo 59 de la LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de mayo de 2014, dice: Artículo 59. Para determinar si uno o varios Agentes Económicos tienen poder sustancial en el mercado relevante, o bien, para resolver sobre condiciones de competencia, competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otras cuestiones relativas al proceso de competencia o libre concurrencia a que hacen referencia ésta u otras Leyes, reglamentos o disposiciones administrativas, deberán considerarse los siguientes elementos:

- I. Su participación en dicho mercado y si pueden fijar precios o restringir el abasto en el mercado relevante por sí mismos, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder.
Para determinar la participación de mercado, la Comisión podrá tener en cuenta indicadores de ventas, número de clientes, capacidad productiva, así como cualquier otro factor que considere pertinente;
- II. La existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores;
- III. La existencia y poder de sus competidores;

La CFC señala que dicha conducta se tipificaba como venta atada⁸⁷, dado que Telmex condicionaba al consumidor el servicio a de larga distancia nacional a través de números 800, desde teléfonos públicos, solamente con la adquisición de sus tarjetas prepago.

Está claro que la venta condicionada a comprar otro bien relacionado o no, es una práctica, restringía al usuario, nulificando el poder elegir un producto en condiciones de competencia, lesionando este derecho.

4.2.3 Caso Telecable Centro Occidente (TCCO) contra Televisa⁸⁸

Este es un ejemplo investigado sobre “Negativa de trato”⁸⁹.

Se establece que el mercado relevante es la comercialización al mayoreo de señales de televisión abierta para su transmisión en sistemas de televisión restringida en todo México.

Existían contratos entre Telecable Centro Occidente (TCCO) y Televisa destinados al uso, distribución y difusión de las señales de TV abiertas que emite Televisa, una

-
- IV. Las posibilidades de acceso del o de los Agentes Económicos y sus competidores a fuentes de insumos;
 - V. El comportamiento reciente del o los Agentes Económicos que participan en dicho mercado, y
 - VI. Los demás que se establezcan en las Disposiciones Regulatorias, así como los criterios técnicos que para tal efecto emita la Comisión.

⁸⁷ El inciso III del Artículo 56 de la LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de mayo de 2014, dice: La venta o transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio, normalmente distinto o distinguible o sobre bases de reciprocidad.

⁸⁸ Expediente DE-22-2007 y acumulado, México, Distrito Federal, 25/04/2013. Comisión Federal de Competencia, la empresa Telecable Centro Occidente (TCCO), presentó denuncia en contra de la empresa Grupo Televisa, SAB. y otros. <http://www.cfc.gob.mx:8080/cfcresoluciones/docs/Asuntos%20Juridicos/V72/6/1744134.pdf>

⁸⁹ El inciso I del Artículo 56 de la LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de mayo de 2014, dice: La acción unilateral consistente en rehusarse a vender, comercializar o proporcionar a personas determinadas bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros.

vez concluidos los mismos, Televisa se negó a renovar a Telecable dicha señales, ofertándolas a otras empresas del ramo.

La CFC concluyó que dichas señales de televisión abierta para los operadores de cable eran decisivos en ese rubro, por lo que si no se incluía las señales de TV abierta era una desventaja frente a operadores que sí las ofrece dentro de su paquete de canales.

La CFC señaló que dicha conducta sólo tendría como objeto desplazar competidores del mercado relevante, causando daños a la competencia. Hace hincapié en que las señales de televisión abierta constituyen un insumo esencial, atribuyendo a Televisa un poder sustancial sobre dicho mercado constituido por las señales de TV abierta. Sancionando a televisa por esta conducta.

4.3 Comentarios Finales a la Sección Cuarta

En esta cuarta sección se analiza las posibilidades de desarrollo de la Alianza del Pacífico, este sistema de integración regional busca crear mercados integrados por los países miembros, para incrementar su nivel de competitividad en el contexto internacional.

El hecho de construir un área de integración, donde se dé la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas. Implica se implemente un Derecho de la Competencia común, donde se persigan las conductas lesivas a la libre competencia, en especial el tema del abuso de posición de dominio. A través de la Coherencia Regulatoria, especialmente la competencia económica.

El país miembro más desarrollado en lo que al Derecho de Competencia se refiere, es Chile, que aborda este tema desde los años cincuenta.

Dentro de los temas más recurrentes, son las siguientes conductas: La eliminación indebida de la competencia, el abuso de su condición monopsónica, la discriminación de precios, la intervención en la cuota de importación, que se analizaron en el Caso AGIP contra IANSA.

En el caso Philip Morris contra Chiletabacos, se analiza un aspecto fundamental del

abuso de posición de dominio, que es la Negativa de Venta, esto se determina claramente por la discriminación a la competencia, obligando a sus clientes no promocionar a los productos competidores, además, que la empresa realiza dicho acto como actor dominante en el mercado.

En el caso “*Comercial Arauco Ltda.*” contra de “*Distribución y Servicio D&S S.A.*” e “*Hipermercado Valdivia Ltda.*”, se determina que el actor tiene suficiente poder de mercado potencial, permitiéndole lograr una posición de dominio, posibilitando que sea capaz de incrementar los precios y aumentando sus beneficios en el largo plazo, una vez expulsados sus competidores del mercado. Estableciendo que, en la conducta de predación, deben concurrir, primero que exista una pérdida en el corto plazo y que la empresa actora tenga suficiente poder de mercado potencial o tener exorbitante capacidad financiera que le permitan obtener una posición de dominio.

En México, recientemente se desarrolla su sistema de competencia, uno de los casos más importantes es *Productora y Comercializadora de Televisión SA de CV*, es un antecedente muy interesante respecto a la división de mercados. Es pertinente observar que si los agentes económicos se segmentan el mercado, estableciendo espacios concretos, obstaculizando u restringiendo la competencia; desalientan a que otros agentes económicos obtengan una concesión en aquellos lugares en donde ya operaba un agente económico con exclusividad en ese mercado.

En el caso *Alestra y Avantel contra Telmex*, este tema constituye un caso de Ventas atadas. Se establece que el mercado relevante es el servicio de larga distancia nacional a través de teléfonos públicos. Determinando que la venta condicionada a comprar otro bien relacionado o no, es una práctica, que restringía al usuario, imposibilitando el poder elegir un producto en condiciones de competencia.

En el Caso *Telecable Centro Occidente (TCCO) contra Televisa*, se analiza la “Negativa de trato”, en este tipo de conducta tendría como objeto desplazar competidores del mercado relevante, dañando a la competencia. Concretamente el agente económico niega a otro agente competidor el acceso a un insumo esencial, dado el poder de mercado de la empresa dominante.

Se tiene que reflexionar que la Alianza del Pacífico es uno de los sistemas de integración más auspiciosos en nuestro hemisferio y desde el punto de vista desarrollado, los sistemas de competencia han evolucionado con muchas coincidencias, que van abonar en el futuro a implementar un sistema integrado en este tema.

Por ahora se ha analizado jurisprudencia seleccionada de los países miembros, no estudiados anteriormente, como Chile y México, pudiendo apreciar que tienen sistemas muy similares al nuestro, considerando el grado de desarrollo que ha alcanzado el país, específico.



SECCIÓN QUINTA

Criterios y márgenes en el desarrollo de la jurisprudencia sobre el Abuso de la Posición de Dominio (La escuela Norteamericana)

5.1 La economía de la exclusión

Revisando los antecedentes de la jurisprudencia Norteamericana, nos remonta a estudiar casos muy antiguos, encontrando temas que no se habían previsto hasta entonces.

5.1.1 El Caso *Lorain Journal Company v. United States*⁹⁰

El *Caso Lorain* es sencillo, el periódico de la ciudad de Lorain, del Estado de Ohio, en EEUU, era el único diario de la ciudad, su distribución abarcaba casi el 100% de las familias residentes. Por lo tanto este diario tenía el monopolio del aviso y propaganda, desde su fundación en 1933, hasta que en 1948 se constituye una emisora de radio, en la ciudad vecina de Elyria, cuyo nombre era *Elyria-Lorain Broadcasting Company* en adelante (WEOL), teniendo una repetidora en Lorain.

Como es obvio, la radio tenía como su principal ingreso, el aviso y propaganda. El diario de Lorain, al darse cuenta que dicha radio comenzó a competir y a ganar anunciantes en su ciudad, debido a que dichos clientes se dieron cuenta que, con la radio tenían mayor alcance o sea más ciudades. Es así que la reacción del periódico fue rechazar propaganda de anunciantes que también lo hicieran por la radio competidora. Peor aún, aquellos anunciantes que tenían contratos de

⁹⁰ Lorain Journal Co. v. United States - 342 U.S. 143 (1951), U.S. Supreme Court, Lorain Journal Co. v. United States, 342 U.S. 143 (1951)
<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/342/143/case.html>

anuncios vigentes con el diario, eran resueltos unilateralmente y no se renovaban hasta que los anunciantes dejaran de utilizar la radio, esto fue muy eficaz dado que pocas familias en el pueblo tenían receptores de radio y era más efectivo anunciar en el periódico, en consecuencia dejaron de anunciar en la radio.

Como resultado de esta actividad predatoria, cortó el principal ingreso de la radio, poniendo en peligro su propia existencia, reforzando el monopolio del periódico.

Por supuesto, esa era la intención del periódico, eliminar la competencia.

La utilidad histórica de este caso radica en los siguientes pasos:

“Paso Uno”: Incremento de los costos de la competencia:

No hay duda que las acciones del periódico produce efectos devastadores en la radio, porque la privaba de los clientes directos, esto evidentemente, con la intención de destruir y eliminar la competencia.

“Paso Dos”: El poder de Mercado:

La consecuencia lógica es que al desaparecer la radio, se restaura el monopolio del periódico, por otro lado, la intención monopolista del diario es injustificable, dado que los anunciantes, no hubieran dejado de utilizar el periódico como medio de propaganda, siendo ambos medios complementarios.

“Paso Tres”: Eficiencias:

La justificación del periódico era mantener su poder de mercado, no de reducir costos o eficiencia, siguiendo prácticas empresariales justas, como promociones, premios u otros medios. En esta práctica se presume que involuntariamente estaba creando un *cartel* por la eliminación de la competencia.

5.2 Análisis clásico de las conductas de exclusión

5.2.1 El caso Estados Unidos contra Aluminum Company of America (Alcoa)⁹¹

La empresa *Aluminum Company of America* en adelante (ALCOA), era el único vendedor de aluminio en lingotes en EEUU.

El problema central era, determinar cuál era la porción del mercado de lingotes de aluminio de ALCOA.

La complejidad radicaba en que muchos factores complicaban dicho análisis:

Primero: Determinar el mercado de Los lingotes de aluminio virgen (del metal recién extraído) vendidos en los EEUU, incluyendo los lingotes que eran manufacturados por ALCOA y transformados en diferentes formas por la misma empresa. Esto representaba el 90% del mercado, solo porque el 10% restante era producido fuera de los EEUU.

Segundo: Era la opción de incluir todo el aluminio virgen más el lingote de aluminio secundario o reciclado, en este caso el porcentaje de participación en el mercado de ALCOA era de 64%.

Tercero: La última opción era incluir todos los lingotes de aluminio virgen y reciclado, sin incluir lo que ALCOA transformaba para venderlo al consumidor final. En este caso la participación en el mercado era de 33%.

5.2.1.1 Definición de Mercado

El Juez Hand, que fue el que resolvió el caso, se decidió por definir al mercado relevante por la primera opción, o sea el aluminio virgen en lingotes, si bien se establece que los lingotes de aluminio reciclado o secundario son sustitutos aceptables para muchos consumidores, sin embargo al ser ALCOA el único productor de aluminio virgen, controlaba por ende la oferta en el mercado de

⁹¹ United States v. Aluminum Co. of America, 377 U.S. 271 (1964), U.S. Supreme Court, No. 204, Argued April 23 1964, Decided June 1, 1964, 377 U.S. 271 <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/377/271/case.html>

lingotes de aluminio reciclado o secundario. La segunda acción del juez fue incluir el aluminio que utilizaba la propia ALCOA en la transformación del aluminio en otros subproductos, aunque no eran vendidos como lingotes.

El punto central era el determinar el control de ALCOA del precio del lingote de aluminio, que si bien existía una competencia de otras empresas fuera de EEUU, no era significativa su influencia en el precio.

Esta sentencia es importante, por su definición de mercado, que consideraba que el 64% no podría constituir monopolio y con mayor razón tampoco el 33%. Pero claro tener el 90% del mercado si constituía monopolio.

5.2.1.2 La Conducta de ALCOA

Este caso es conocido por la enormidad del negocio, que en sí, la acusación es casi exclusivamente por este motivo.

Es por esto que los grandes conglomerados industriales son *per se* indeseables, independientemente de sus resultados económicos, mientras que el espíritu de las leyes antimonopolio es en mantener a las empresas en pequeñas unidades.

Habiendo el demandante probado que ALCOA tenía el monopolio de los lingotes de aluminio. Ahora ALCOA tenía que demostrar que no había abusado de ese poder en el mercado.

El juez Hand manifiesta en este caso que la defensa de la empresa monopolista, se basa en márgenes estrechos, que consiste en demostrar la pasividad de la empresa en esa posición.

Por eso afirma que no es responsable la empresa que tiene poder por accidente o es un beneficiario pasivo.

Concretamente se estableció que el dominio como resultado de la habilidad, precaución o trabajo, no debería ser condenado. En este caso se observó que existía una persistente determinación en mantener el control.

Las prácticas de ALCOA eran:

Mantener una capacidad excedente para poder alcanzar incrementos en la demanda de lingotes, más rápido y a menor costo, previniendo la entrada de potenciales competidores.

Otra práctica era, vender lingotes a fabricantes competidores en el ramo de láminas de aluminio (productos finales), imposibilitando que compitan con ALCOA en este ramo, dado que ALCOA es el único proveedor y podría aprovecharse de los precios del mercado⁹².

Como conclusión de este extenso caso, hay que tener en cuenta dos aspectos: que solamente es permitido un monopolio pasivo o que se investigue la conducta de la empresa en todo momento.

5.2.2 El legado del Caso ALCOA⁹³

Siguiendo esta línea, en 1946 en el caso *American Tobacco Co. v. Estados Unidos*, la Corte Suprema de EEUU, se pliega a la Jurisprudencia ALCOA, adopta la apreciación amplia sobre la conducta abusiva de una empresa monopolista. Posteriormente en el *Caso Estado Unidos contra Griffith*, se acusa a los propietarios de unos cines de prácticas monopolistas, en unas ciudades y competir libremente en otras. A través del mecanismo de reservar películas para toda la cadena de cines, los demandados estaban en la posición de exigir a la distribuidora de películas a hacerles concesiones a condición de exhibir las películas en ciudades donde los demandados operaban los únicos cines que existían. Concretamente el monopolio que poseían en algunas ciudades podría darles ventaja en las ciudades donde competían con otros cines. Ratifica el precedente de ALCOA diciendo que el monopolio por sí, mismo es negativo, encontrando que la práctica de comprar los derechos de distribución de películas para todos sus cines como un solo paquete debería ser sancionado. Esto llevaba que tuviesen una ventaja en las ciudades donde competían con otros cines.

Otro precedente es *Estados Unidos contra United Shoe Machinery Corp*. En esta controversia se investigaba al más grande productor de maquinaria para fabricar

⁹² Compresión de Márgenes (Price Squeeze o Margin Squeeze): Esta figura surge generalmente cuando una misma empresa distribuye la materia prima y a la vez es fabricante de productos terminados con dicho insumo.

⁹³ SULLIVAN, E. Thomas & HARRISON, Jeffrey L., *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, Fifth Edition (2009) (eB) (Pub. No. 891)

zapatos en EEUU. El porcentaje del mercado de producción de maquinaria para fabricar zapatos en los EEUU, correspondiente a *United Shoe*, era entre el 75% y el 85%. Por eso se determina que tenía el monopolio en ese rubro. Uno de los aspectos más saltantes es que *United Shoe*, no vendía sus maquinarias, si no que las daba en leasing, por lo que incluía en sus cláusulas contractuales obligatoriamente los servicios de mantenimiento y reparación. Esto constituía barreras de entrada para la competencia. No se pudo admitir, que una empresa que mantiene el control de un mercado a través de prácticas no económicamente inevitables, justifiquen ese control por suponer una ventaja social.

5.3 El Análisis económico en el proceso de la definición de mercado mediante la elasticidad cruzada de la demanda⁹⁴

La economía moderna se refiere al poder de mercado como, *la habilidad de sostener los precios por encima del nivel competitivo, sin sufrir pérdidas inmediatas por una reducción sustancial de ventas.*

Las principales técnicas para identificar un poder sustancial de mercado son:

Medir la elasticidad de la demanda para productos de la empresa que se sospecha son monopolistas.

Demostrar que el supuesto monopolista, no ha usado otros medios de gerencia que una mejor performance para excluir a la competencia del mercado.

La definición de mercado relevante tiene dos dimensiones, el mercado de producto y el mercado Geográfico.

Para determinar la dimensión de producto, se identifica la gama de productos que los consumidores consideran como sustitutos aceptables, de los productos supuestamente monopolistas.

⁹⁴

GAVIL, KOVACIC and BAKER'S Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy, 2d Publisher: West Academic Publishing, American Casebook Series, Pages: 1314, 2008

Para determinar los límites del mercado geográfico, es, estudiando la ubicación de los proveedores, de los cuales, el consumidor puede adquirir productos que se pueden catalogar como sustitutos.

Después se calcula el porcentaje de participación en el mercado, comparando la actividad del supuesto monopolista en el producto⁹⁵, con la actividad de todas las empresas en el mercado relevante.

5.3.1 Estados Unidos contra. E.L. Du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377 (1956)⁹⁶

E.L. Du Pont de Nemours & Co. fue acusado de tener el 75% del celofán producido en los Estados Unidos, el celofán constituía menos del 20% de todos los materiales flexibles para empaque.

Se determinó, que el celofán estaba en competencia permanente con otros materiales de embalaje flexibles, y se estableció, que el mercado de referencia de celofán, consistía, no solamente el celofán, sino, que incluía también dichos materiales.

Entonces se tenía que la empresa no configuraba un monopolio, dado el bajo porcentaje del mercado, como para tener el control del mismo.

La Corte Suprema de los EEUU⁹⁷, estableció que el mercado de referencia para la determinación de la existencia de un monopolio, ya sea el poder para controlar los

⁹⁵ Medido a través de sus ventas, unidades o capacidad.

⁹⁶ United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co., 353 U.S. 586 (1957) United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co., U.S. Supreme Court

⁹⁷ Antitrust Regulation—Inclusion of Substitute Products Within the Relevant Market, United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377 (1956), Washington University Law Review, volume 1957 | Issue 1, 1957
http://digitalcommons.law.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3533&context=lawreview&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.google.com.pe%2Furl%3Fsa%3Dt%26rct%3Dj%26q%3Dantitrust%2520regulation%25E2%2580%2594inclusion%2520of%2520substitute%2520products%2520within%2520the%2520relevant%2520market%252C%2520united%2520states%2520v.%2520e.i.%2520du%2520pont%2520de%2520nemours%2520%2526%2520co%26source%3Dweb%26cd%3D1%26ved%3D0CC4QFjAA%26url%3Dhttp%253A%252F%252Fdigitalcommons.law.wustl.edu%252Fcgi%252Fviewcontent.cgi%253Farticle%253D3533%2526context%253Dlawreview%26ei%3DisUTUq7BB5LY9QSWzIDQDw%26usg%3DAFQjCNHHLhlfZmc5jt43sMi6WRPeuD7c_Q%26bvm%3Dbv.50952593%2Cd.eWU#search=%22antitrust%20regulation%E2%80%94inclusion%20substitute%20products

precios o excluir la competencia, deben ser productos que sean *"razonablemente intercambiables"* por los consumidores, utilizando el producto para los mismos propósitos.

Entonces aparece el denominado análisis económico del mercado, referido al estudio del problema de la inclusión o la exclusión de los productos sustitutos.

Se estableció un doble criterio: **primero**, determinar, si eran **productos idénticos**, en el caso que se produjeran a un costo similar al supuesto producto monopolístico. **Segundo**, si eran productos físicamente distinguibles y eran elaborados a costos similares. Se consideraban **sustitutos**, si las preferencias del consumidor, indicaban que dichos productos competían entre sí.

Por eso se sugiere, que es importante tener un método de análisis económico, para resolver el problema de productos sustitutos en el mercado relevante.

Aparece el concepto económico de la elasticidad cruzada de la demanda, por eso el mercado relevante en el que se alega que existe monopolio, se incluye aquellos productos que *"son razonablemente intercambiables según los propósitos para los que se han producido, teniendo en cuenta precios, usos y calidades"*.

Después de dilucidar la similitudes de uso y calidad entre el celofán y otros materiales de para envolver o empaquetar, se estableció que un indicador de la elasticidad cruzada de la demanda, era la sensibilidad de las ventas de un producto ante el cambio de precio en otro producto.

Si una reducción en el precio del celofán, causaba que los compradores comenzarán a adquirir más de ese producto, se considera como un indicador de la existencia de una alta elasticidad cruzada de la demanda entre el celofán y otros materiales para envolver.

Teniendo en cuenta estos factores, se delimitó como mercado relevante a los *"materiales flexibles para embalaje"*. Más amplio que solamente el *"mercado del celofán"*, concluyendo que la empresa denunciada no tenía el monopolio.

[%20within%20relevant%20market%2C%20united%20states%20v.%20e.i.%20du%20pont%20de%20nemours%20%26%20co%22](#)

Sin embargo hay la siguiente objeción:

Si los otros materiales de embalaje que están en competencia con el celofán, tienen una elasticidad cruzada de la demanda alta, entonces, los precios de esos materiales seguirían cualquier reducción de precios del celofán, para prevenir cualquier caída en la demanda de sus productos.

Los hechos demostraron, que cuando, el celofán bajaba de precios en un periodo de varios años, ninguno de los otros materiales de embalaje seguían el mismo patrón.

Se especulaba que los distribuidores de los otros materiales de embalaje no sintieron el efecto de los cambios de precios, entendiéndose, que la elasticidad cruzada de la demanda era baja, o estos distribuidores vendían al costo, no pudiendo responder a una variación en el precio de celofán. Entonces se podría concluir, que si el precio de celofán, se fijaba con independencia de las condiciones del mercado, tendría poder monopólico.

El término usado en este caso, *“Razonable capacidad de intercambio”*, es un intento por establecer un criterio más sólido para determinar la inclusión de productos alternativos en la definición de mercado relevante y por ende un intento de introducir el uso del método económico, como un elemento de ayuda a la solución de este tipo de casos.

Uno de los puntos no observados, son los costos de producción de los otros materiales flexibles para envolver, competidores del celofán.

Es así que mientras el precio del celofán era lo suficientemente alto, que aparentaba estar en competencia con otros materiales de embalaje, era posible que la empresa demandada, tuviera una ventaja en sus costos de producción, ventaja que haya decidido explotar. Esto es, que la empresa en cuestión podría tener un margen suficiente para poder reducir sus precios, sin embargo, tal vez prefirió seguir gozando de precios altos en condición de monopolio.

5.4 Desarrollo contemporáneo del abuso de posición de dominio

Desde el inicio de la legislación que sanciona el comportamiento abusivo de algunas empresas en situación de dominio, en los EEUU se han dado casos tan diversos, que han llevado a clasificar los diferentes comportamientos de las empresas en esta situación:

5.4.1 Conducta de exclusión de la competencia (no basada en precios)

Esto se configura especialmente, cuando algunas empresas se reusan a suministrar insumos u otros bienes o servicios a otras que los necesitan para ser competitivas.

Esta negativa a suministrar, puede tener diferentes razones, generalmente se refieren o bien, que la empresa con posición de dominio quiera mantener dicha posición o tiene un propósito en integrarse verticalmente, es decir, tiene posición de dominio en un mercado y quiere extender esa posición a otro.

5.4.1.1 El Caso *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.* (1985)⁹⁸

El demandante *Aspen Highlands Skiing Corp.*, en adelante “*Highlands*”, operaba un centro de montaña para el esquí alpino en Aspen, Colorado. El demandado *Aspen Skiing Co.* en adelante “*Ski Co.*”, era propietario de los otros tres centros de montaña para el esquí alpino. Durante años hubo una cooperación entre estas empresas, ofreciendo conjuntamente un boleto para poder esquiar en cualquiera de las cuatro zonas de esquí, por un solo pago. La distribución de las ganancias era en función a las instalaciones que el cliente decidiera usar. Pasado un tiempo, *Ski Co.* puso como condición para continuar con el paquete turístico, que las utilidades se distribuyeran en un porcentaje fijo. Para *Highlands*, el porcentaje era inaceptable, así que, no se continuó con el paquete de uso de las instalaciones. Los intentos de *Highlands* por vender pases a su única instalación no fueron fructíferos, consecuentemente, su porcentaje del mercado cayó de 20% a 11%, en un periodo de cuatro años.

⁹⁸

Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing, 472 U.S. 585 (1985), U.S. Supreme Court, No. 84-510, Argued March 27, 1985, Decided June 19, 1985, 472 U.S. 585 <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/472/585/case.html>

Entonces Highlands, acusa a Ski Co., de querer monopolizar el sector de esquí en Aspen, Colorado, al no cooperar con su competencia.

Para empezar, se establece que no existe el deber impuesto a una empresa monopolista de cooperar con las empresas competidoras. Sin embargo se remarca que no existía una razón válida, basada en el aumento de la *“eficiencia del negocio”*.

En este caso la Corte Suprema de los EEUU, sugiere que la conducta de Ski Co. era predatoria, porque el cambio de su política, implicaba pérdidas para ella misma, que evidentemente pensaba recuperarla una vez que el daño a Highlands se hubiese consolidado.

Como consecuencia de este caso, está claro que, a medida que una empresa gana poder de mercado, si se reusa a contratar con otra compañía, tiene que ser basada en la eficiencia del negocio, por eso, de ninguna manera, sería una justificación válida, la obtención de mayores ganancias, sino el operar con mayor eficiencia.

En conclusión la doctrina conocida como Aspen, puede ser entendida como el deber positivo de un monopolista, de cooperar con las compañías rivales, como medio de prevenir su exclusión, en la medida que no afecte su propia capacidad de ofrecer un producto superior al mercado.

5.4.2 Precios Predatorios

La utilización de precios predatorios se manifiesta cuando se disminuyen los precios debajo de la maximización de las utilidades, afectando a los competidores más débiles, que eventualmente quedan excluidos del mercado y las pérdidas del monopolista se recuperan, cargando a los consumidores precios más altos, una vez desaparecida la competencia. Las utilidades dejadas de percibir se entienden como una inversión que se recuperará en el futuro.

5.4.2.1 El Caso Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp. (1993)⁹⁹

Este caso fue el resultado de la guerra de precios entre los fabricantes de cigarros que intentaban impulsar la caída de las ventas introduciendo cigarrillos genéricos.

Brooke Group Ltd. (en adelante Ligget) demandaba que *Brown & Williamson*, había desarrollado una estrategia que consistía en ofrecer volúmenes discriminatorios de rebajas a los mayoristas. Muchas de estas eran ofrecidas, incluso debajo de los costos de producción. *Ligget* argumentaba, que *Brown & Williamson*, buscaba que se elevaran los precios de los cigarros genéricos, hasta equipararse con los cigarrillos de marca.

La base era determinar, si se produciría una posibilidad razonable de un daño sustancial a la competencia.

En este caso se requería que los demandantes demostraran, que los demandados habían cobrado por debajo del precio de costo y que la motivación era razonable, como, el recuperar su inversión.

Sin embargo el mercado de los cigarrillos es un oligopolio altamente concentrado, esto significa que cualquier esfuerzo de una empresa en utilizar precios predatorios, podría ser contraproducente y altamente riesgoso, por lo que la demandante no demuestra que *Brown & Williamson* tuviese, suficiente poder de mercado, necesario para subir precios o que fuera posible que todos los productores actuaran de manera concertada.

5.4.3 Compresión de Márgenes (Price Squeeze o Margin Squeeze)

Esta figura surge generalmente cuando, la misma empresa distribuye la materia prima y a la vez es fabricante de productos terminados con dicho insumo. Entonces compite con otros fabricantes, esta empresa que tiene la distribución del material, puede bajar los precios de sus productos terminados, haciendo imposible para las empresas competidoras, sobrevivir en esas condiciones.

⁹⁹

BROOKE GROUP LTD. v. BROWN & WILLIAMSON TOBACCO CORP. certiorari to the UNITED STATES COURT OF APPEALS For the fourth circuit, No. 92-466. Argued March 29, 1993—Decided June 21, 1993 <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/209/>

El antecedente es ALCOA, visto anteriormente, donde se había determinado dicha práctica en la venta de lingotes de aluminio.

5.4.3.1 El caso Bonjorno v. Kaiser Aluminium & Chemical Corp.

Káiser fue acusada de elevar el precio de la materia prima a sus competidores en los productos finales, en la misma proporción que para sus productos terminados. En este caso se determinó, que, estamos ante un monopolio, cuando un monopolista tiene la potestad de denegar el suministro a sus competidores, elevando el precio de las materias primas, sin afectar sus propios costos y amenaza la permanencia de las empresas rivales.

Modernamente, se ha establecido que no es suficiente que una empresa en situación de monopolio, pueda establecer el precio de la materia prima. Por lo que una determinación del precio de manera unilateral por un monopolista, no es suficiente para establecer la existencia de un intento de abuso de posición de dominio.

5.4.4 Comportamiento oligopolista

La clave del comportamiento oligopolista radica en un número limitado de competidores y en la interdependencia que existe entre ellos.

Clásico es el ejemplo de las aerolíneas. Tres aerolíneas que cubren una misma ruta, en algún momento alguna de ellas, podrá o tendrá que reducir sus tarifas para incrementar su posición en el mercado, las demás tendrían que actuar en el mismo sentido, pero si contrariamente una sube sus tarifas, sus competidores pueden o no seguir su ejemplo. Si no lo hacen, la empresa perdería, su posición competitiva y tendría que regresar a sus tarifas anteriores para recuperar su posición en el mercado.

De otro lado, si las aerolíneas siguen el liderazgo de la que inicialmente incrementó sus tarifas, el resultado serán tarifas más caras y una menor producción para toda la industria. Como resultado de esta interdependencia, las tarifas son rígidas. Esta conducta paralela, parecería requerir un acuerdo o puede ser una reacción independiente a las condiciones del mercado.

Como resultado de esta interdependencia las industrias oligopolistas se caracterizan por la falta de un precio fijado por la libre competencia, esto los lleva al denominado “*Monopolio Compartido*”.

5.4.4.1 El Caso E.I Du Pont de Nemours & Co. V. FTC¹⁰⁰

Las empresas *Du Pont* y *Ethyl Corporation* son las empresas dominantes en la industria de los aditivos antidetonantes para gasolina sin plomo. Se coludieron en prácticas anticompetitivas, que facilitaban el paralelismo de precios a niveles no competitivos, dichas prácticas eran: ventas a determinados precios, adelantar la notificación de los aumentos de precios más elevados que lo establecido contractualmente y usar la cláusula de la nación más favorecida¹⁰¹, donde se prometió a los compradores, no cobrarles un precio mayor que a otros clientes.

No se determinó que dichas prácticas fueran consecuencia de un acuerdo, ni se categorizaron, como predatorias o engañosas.

De hecho se estableció que, algunas prácticas, aunque no se catalogaran como predatorias o engañosas, pueden ser injustas por su resultado, lo que sería un hecho anticompetitivo.

Se establece la siguiente regla: “ante la ausencia de pruebas de una violación de las leyes de competencia o evidencia de una conducta colusiva,

¹⁰⁰ E.I. DU PONT DE NEMOURS & COMPANY, Petitioner, v. FEDERAL TRADE COMMISSION, Respondent. ETHYL CORPORATION, Petitioner, v. FEDERAL TRADE COMMISSION, Respondent. Nos. 413, 414, Dockets 83-4102, 83-4106. United States Court of Appeals, Second Circuit. Argued Nov. 21, 1983. Decided Feb. 23, 1984. <http://myweb.clemson.edu/~maloney/424/ethyl.pdf>

¹⁰¹ CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA
Esta expresión se utiliza asociada al Comercio exterior y el Comercio Internacional entre países. Cláusula establecida en los tratados de Comercio Internacional en virtud de la cual dos países, habiéndose otorgado ventajas comerciales recíprocas, se comprometen a extenderse mutuamente las ventajas superiores que cada uno de ellos pudiera pactar por separado en negociaciones posteriores con terceros países.
Es decir, los países que suscriben la cláusula se otorgan entre ellos siempre el trato más favorable respecto a cualquier negociación que cada uno realice con otros países.
Es uno de los mecanismos básicos del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT). http://www.eco-finanzas.com/diccionario/C/CLAUSULA_DE_LA_NACION_MAS_FAVORECIDA.htm

predatoria o exclusoria. Las prácticas empresariales no serían desleales a menos, que se orienten a un propósito anticompetitivo o no pueda ser justificada por una razón legítima.

En este caso se concluye que, la práctica es predatoria y es el resultado de un comportamiento interdependiente.

Se sugirió que una solución práctica sería, la reestructuración de toda la industria, de manera que existan suficientes competidores, provocando que el comportamiento monopolista, sea imposible o casi imposible.

5.4.5 La tentativa de monopolización

Se necesita demostrar que en dicha tentativa, los actos llevados a cabo, son en cierto grado, predatorios, además, que exista un intento específico y por supuesto el peligro real de materializarse.

Respecto a la tentativa, hay mucha polémica, pero, se puede establecer que, sea, cualquier medida que conduzca a ganar poder de mercado, a través de medios que no reflejen habilidad, previsión y trabajo.

Además hay que señalar, que los esfuerzos tienen que estar dirigidos a destruir la competencia o crear un monopolio y no actos de la empresa, motivados por metas legítimas de negocio, sugiriendo que la tentativa se extiende a los esfuerzos para alcanzar el poder de mercado, mediante medios legítimos.

5.4.5.1 El Caso *Spectrum Sports, INC. V. Mcquillan*¹⁰²

Los demandados *Mcquillan* tenían la patente de un polímero, usado en productos deportivos. El demandante *Spectrum Sports* era el distribuidor que se negó a vender su derecho a crear productos con dicho polímero, en

¹⁰²

SPECTRUM SPORTS, INC., et al. v. McQUILLAN et vir, dba SORBOTURF ENTERPRISES, certiorari to the United States court of appeals for the ninth circuit, No. 91-10. Argued November 10, 1992—Decided January 25, 1993
<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/506/447/>

represalia para ejercer su derecho a fabricar productos ecuestres, *Mcquillan* seleccionó a otro distribuidor.

Spectrum Sports demanda entre otras materias por intento de monopolización.

La Corte Suprema de los EEUU, señaló que no todo acto realizado con la intención de producir un resultado ilícito constituye tentativa.

Además afirmaba que, se trata de una cuestión de proximidad y grado, que la intención es necesaria, pero por sí sola, no es suficiente, para establecer la posibilidad de éxito, objeto de esta prohibición.

Para que *Spectrum Sports*, pruebe la tentativa de monopolización, debe demostrar la posibilidad real de producirse un monopolio, que por lo general se requiere una definición del mercado relevante y el análisis del poder de mercado.

Se establece que el demandante debe probar:

- Que el demandado ha incurrido en conductas abusivas o contrarias a la competencia.
- Intención específica de monopolizar.
- Una alta probabilidad lograr el poder monopólico.

Respecto a la posibilidad real de producirse un monopolio, se debe considerar el mercado de referencia y la capacidad del posible monopolista para disminuir o destruir la competencia en dicho mercado.

5.5 Comentarios Finales a la Sección Quinta

En esta parte se ha desarrollado la evolución misma del Abuso de posición de dominio, basados fundamentalmente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EEUU, como normas que sirvieron de marco, estas han sido las clásicas leyes antitrust (Clayton Act y la Sherman Act), como es de notar, simplemente estos

instrumentos legales sirvieron de sombrero, como se afirma en la doctrina Francesa pero el Derecho vivo, se desarrolla en la jurisprudencia.

La escuela de Chicago es muy crítica con la aplicación de las leyes antimonopolio, señala que es una forma incorrecta de la intervención del Estado en la economía, en su opinión, esta intervención produce un efecto más negativo, que la falla que supuestamente procura corregir. Más bien consideran en llamarla fallas del Estado, señalando que la regulación económica del Estado, siempre son influenciadas por grupos de presión que pretenden sacar provecho de la misma. Esta escuela sostiene que lejos de corregir distorsiones y abusos de empresas grandes, protegen a las empresas ineficientes, sosteniendo que la concentración de un mercado no es un criterio para demostrar que existe un abuso monopolístico. Señal, que son las condiciones del mercado las que producen, estas disparidades y no causas ajenas.

Como se analizó en este capítulo la teoría de ALCOA es el eje central del mismo, donde se busca la razonabilidad económica de diferentes estrategias que adoptan las empresas para expandirse, esto ha traído mucho criticismo, sobretudo de la escuela de Chicago, el tratar de balacear los efectos anticompetitivos y el desarrollo obtenido con eficiencia.

En el caso de las instalaciones de esquí en Aspen, tenemos la obligación del demandante de demostrar que la intención de la empresa supuestamente monopolista era la eliminación de la competencia.

CONCLUSIONES

- 1) Se establece, que especialmente en los casos *Hoffmann-La Roche* y *United Brands*, existen diversos criterios en sistema de integración regional de la Unión Europea, sobre una definición uniforme del mercado de producto y el mercado Geográfico y que resulta de un cuidadoso estudio, caso a caso.
- 2) Respecto del significado de abuso en el contexto Comunitario Europeo, no se condena la posición de dominio *per se*, según la jurisprudencia, podemos establecer parámetros en sentidos distintos, existiendo ambigüedades, como, si el actual artículo 102 (antiguo artículo 82), buscara proteger a las empresas competidoras o a los consumidores, normalmente estas conductas dañan a ambos entes, pero la realidad muestra que no siempre es así.
- 3) A pesar de la responsabilidad extraordinaria que recae en las empresas con posición de dominio, se encuentran con la dificultad, que no existe un marco claro a seguir, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia estudiada, lo que crea incertidumbre sobre las políticas y estrategias que adoptan dichas empresas, cuando se expanden a un mercado ampliado regional.
- 4) Las modificaciones introducidas en el marco institucional de la defensa de la competencia a nivel de integraciones regionales, siguen siendo deficientes, concretamente en el abuso de posición de dominio, que si bien es uno de los casos más frecuentes, no se ha concretizado en medidas correctivas, lo que está provocando que los mercados ampliados se distorsionen por la segmentación de los mismos.

- 5) En el marco Regional Andino, tanto la Decisión 285 como su sucesora la Decisión 608, no se han constituido como una solución; pese, que en la última, se permite a la Comunidad Andina, actuar de manera directa en los países miembros, realizando investigaciones, impartiendo órdenes, imponiendo sanciones severas, como multas e inclusive instruyendo a los gobiernos de los países miembros, en revisar sus ordenamientos para que se no obstruya el objetivo de esta norma, que es preservar la competencia.
- 6) Los Estados miembros de la Integración económica Andina, no pueden en el ejercicio soberano regulador de su economía doméstica, adoptar medidas que puedan distorsionar o entorpecer la competencia en los mercados de la subregión, existiendo la opción legítima de iniciar acciones de cumplimiento ante la Comunidad Andina o incoar procedimientos sancionadores de dicha conducta.
- 7) El desarrollo de zonas de libre comercio y la integración de las economías, ha traído desarrollo en los países que suscriben estos tratados, pero, también tiene un efecto en la competitividad en dichos mercados, como, el ingreso de nuevos actores, empresas y productos que se comercializan dentro dichos mercados ampliados.
- 8) En el marco desarrollado en cada país de la Comunidad Andina, se aprecia que existen diferencias en cuanto al enfoque utilizado en el procediendo en sí mismo. Vemos que los países, como Colombia, Ecuador, Venezuela y Bolivia, tienen órganos que protegen la libre competencia, pero al parecer este fenómeno depende del tipo de organismo que lo aplique; lo que hace más complejo el funcionamiento del mercado regional ampliado.
- 9) En la Alianza del Pacífico, se observa que existe consenso en condenar, el abuso de posición de dominio. Tipificándose las siguientes conductas: La eliminación indebida de la competencia, el abuso de su condición monopsónica, la discriminación de precios, la intervención en la cuota de importación y la Negativa de Venta. Tanto en Chile como en México, se ha combatido dichas modalidades de Abuso de posición de Dominio, teniendo en cuenta que en todos los países de esta alianza, se ha implementado medios de represión a la conducta estudiada en esta investigación, siendo Chile el más desarrollado, donde se ha judicializado, y reinventado con la práctica continua en su sistema.

- 10) La escuela de Chicago es muy crítica a la aplicación de las leyes antimonopolio, señala que es una forma incorrecta de la intervención del Estado en la economía, en su opinión, esta intervención produce un efecto más negativo que la falla que supuestamente procura corregir. Más bien, consideran llamarlas fallas del Estado, señalando que la regulación económica implementada por el Estado, siempre son influenciadas por grupos de presión, que pretenden sacar provecho de la misma. Esta escuela sostiene que lejos de corregir distorsiones y abusos de empresas grandes, protegen a las empresas ineficientes, sosteniendo que la concentración de un mercado no es un criterio para demostrar que existe un abuso monopolístico. Señal que son las condiciones del mercado, las que producen, estas disparidades y no causas ajenas. Esto es más complicado a nivel de mercados ampliados, por la falta de consensos entre los Estados Miembros de un sistema de integración regional.
- 11) La teoría de ALCOA es el eje central de la escuela Americana, donde se busca la razonabilidad económica de las diferentes estrategias que adoptan las empresas para expandirse, esto ha traído mucho criticismo, como la de la escuela de Chicago, que trata de balancear los efectos anticompetitivos y el desarrollo obtenido con eficiencia. Se complementa con el caso de las instalaciones de esquí en Aspen, donde la carga del demandante radica en demostrar que la intención de la empresa supuestamente monopolista era la eliminación de la competencia.
- 12) En la presente investigación, que ha abarcado los sistemas de integración regional de la Unión Europea, Comunidad Andina, Alianza del Pacífico, en contraste con el modelo Norteamericano; se ha demostrado que en los procesos de integración económica regionales, se producen distorsiones como el Abuso de Posición de dominio, en los cuales, empresas y conglomerados con gran poder económico, como: Hoffmann-La Roche, CIAMSA, Palmicultores Colombianos, Colanta, Walmart Chile, Telmex y Alcoa, entre otros citados anteriormente, generan graves daños a las empresas competidoras y a los consumidores en los países miembros de una integración regional.

Bibliografía Consultada

- ADRIÁN ARNÁIZ, Antonio J.
2005 "Derecho europeo de la competencia: antitrust e intervenciones públicas". *Valladolid: Lex Nova, Primera edición.*
- BERNEDO, Patricio.
2013 "Historia de la Libre Competencia en Chile, 1959-2010". Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica. Primera edición. Santiago. Chile.
- CALVO CARAVACA, A.-L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.
2003 "Derecho Europeo de la competencia". *Madrid, Editorial Colex.*
- CRAIG, Paul and Gráinne DE BÚRCA
2008 "EU law: text, cases, and materials". *Oxford [u.a.]: Oxford Univ. Press. 4a Ed.*
- DEVLIN, Robert and
ESTEVADEORDAL, Antoni, 2002
"Trade and Cooperation: A Regional Public Goods Approach", Integration and Regional Programs Department, Inter-American Development Bank, Paper presented at the PECC Trade Forum on Developing Patterns of Regional Trading Arrangements in the Asia-Pacific Region: Issues and Implications, Vancouver, Canada November 11-12, 2002.
- FALLA Alejandro y
QUINTANA, Eduardo
2003 "Derecho de la Competencia en la Comunidad Andina". En *INSTITUTO DE ESTUDIOS INTERNACIONALES (IDEI). Derecho Comunitario Andino*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, pp. 143 - 176
- FLINT BLANCK, Pinkas
2003 "Tratado de defensa de la libre competencia (, 2002, Perú)". *Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.*

GAVIL, KOVACIC
and BAKER'S
2008

Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy, 2d Publisher: West Academic Publishing, American Casebook Series, Pages: 1314, 2008

GARRIGUES/Abogados y
Asesores Tributarios
(Universidad Rey Juan Carlos)
2002

"Apuntes de Derecho comunitario de la Competencia y Comunitario y Español". Madrid: Editorial DYKINSON, Primera edición.

HILL, Charles

"Negocios Internacionales" Octava Edición. McGraw-Hill Interamericana Editores S. A. de C. V. México, 2011. 705p.

PERALTA FRANZIS, Saulo Yenski
2003

"Viabilidad del Modelo de la Unión Monetaria Europea en América del Sur". Arequipa: Editorial el Clip, Primera edición.

ROCA TAVELLA, Santiago

2005

"Las políticas de Competencia en mercados ampliados". En *Legislación y las políticas de competencia en la Comunidad andina. Constitución económica, regulación y políticas de competencia*. Lima: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

SULLIVAN, E. Thomas &
HARRISON, Jeffrey L.

2009

Understanding Antitrust and Its Economic Implications, Fifth Edition (2009) (eB) (Pub. No. 891) Editorial LexisNexis

VAN DEN BOSSCHE, Peter

2005

"The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials". Cambridge: Cambridge University Press, Primera edición.

Páginas web:

CALVO CARAVACA, A.-L y CANEDO ARRILLAGA, María Pilar
2007 Casos escogidos de Derecho antitrust europeo. Fecha de consulta: diciembre del 2012, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2249823>

CORTÁZAR MORA, Javier

2006 “Decisión 608 de la Comunidad Andina: Un paso adelante para el sistema antimonopolios de la región” Rev. Derecho Competencia. Bogotá (Colombia), vol. 2, n° 2: 123-152, enero-diciembre 2006. Consulta: 28 de mayo de 2013 http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C Juridicas/pub_colecc/CED EC.htm#Vol_2_n_2

EUR-Lex
2012

Acceso a la legislación de la Unión Europea. Fecha de consulta: diciembre del 2012, <http://eur-lex.europa.eu/es/tools/about.htm>

MARTÍNEZ LAGER, Santiago
2006

“El Abuso de la Posición de Dominio”. *Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A.* Fecha de consulta: diciembre del 2012, <http://www.marcialpons.es/static/pdf/100772141.pdf>

Washington University Law Review

1957 Antitrust Regulation—Inclusion of Substitute Products Within the Relevant Market, United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377 (1956), volume 1957 | Issue 1, 1957 http://digitalcommons.law.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3533&context=lawreview&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.google.com.pe%2Furl%3Fsa%3Dt%26rct%3Dj%26q%3Dantitrust%2520regulation%25E2%2580%2594inclusion%2520of%2520substitute%2520products%2520within%2520the%2520relevant%2520market%252C%2520united%2520states%2520v.%2520e.i.%2520du%2520pont%2520de%2520nemours%2520%2526%2520co%26source%3Dweb%26cd%3D1%26ved%3D0CC4QFjAA%26url%3Dhttp%253A%252F%252Fdigitalcommons.law.wustl.edu%252Fcgi%252Fviewcontent.cgi%253Farticle%253D3533%2526context%253Dlawreview%26ei%3DisUTUq7BB5LY9QSWzIDQDw%26u sg%3DAFQjCNHHLhfZmc5jt43sMi6WRPeuD7c_Q%26bvm%3Dbv.50952593%2Cd.eWU#search=%22antitrust%20regulation%E2%80%94inclusion%20substitute%20products%20within%20relevant%20market%2C%20united%20states%20v.%20e.i.%20du%20pont%20de%20nemours%20%26%20co%22

Web oficial de la Unión Europea

2012

Síntesis de la legislación de la UE > Glosario. Fecha de consulta: diciembre del 2012,

http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/eu_court_justice_es.htm

Sentencias:

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de julio de 1990. Tetra Pak Rausing SA contra Comisión de las Comunidades Europeas. Competencia - Relación entre los artículos 85 y 86 - Disfrute de una exención por categoría y aplicabilidad del artículo 86. Asunto T-51/89. Recopilación de Jurisprudencia 1990 página II-00309

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 23 de abril de 1991. Klaus Höfner y Fritz Elser contra Macrotron GmbH. Petición de decisión prejudicial: Oberlandesgericht München - Alemania. Libre prestación de servicios - Ejercicio del poder público - Competencia - Asesores en materia de selección de personal de ejecutivos y directivos de empresas. Asunto C-41/90. Recopilación de Jurisprudencia 1991 página I-01979 párr. 21

Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978. United Brands Company y United Brands Continentaal BV contra Comisión de las Comunidades Europeas. Plátanos Chiquita. Asunto 27/76. Recopilación de Jurisprudencia 1978 página 00207

Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983. NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin contra Comisión de las Comunidades Europeas. Abuso de posición dominante - Bonificación por la compra de neumáticos. Asunto 322/81. Recopilación de Jurisprudencia 1983 página 03461

Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978. United Brands Company y United Brands Continentaal BV contra Comisión de las Comunidades Europeas. Plátanos Chiquita. Asunto 27/76. Recopilación de Jurisprudencia 1978 página 00207

Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978. United Brands Company y United Brands Continentaal BV contra Comisión de las Comunidades Europeas. Plátanos Chiquita. Asunto 27/76. Recopilación de Jurisprudencia 1978 página 00207

Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979. Hoffmann-La Roche & Co. AG contra Comisión de las Comunidades Europeas. Posición dominante. Asunto 85/76. Recopilación de Jurisprudencia 1979 página 00461

Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973. Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asunto 6-72. Recopilación de Jurisprudencia 1973 página 00215

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 16 de marzo de 2000. Compagnie maritime belge transports SA (C-395/96 P), Compagnie maritime belge SA (C-395/96 P) y Dafa-Lines A/S (C-396/96 P) contra Comisión de las Comunidades Europeas. Competencia - Transportes marítimos internacionales - Conferencias marítimas - Reglamento (CEE) nº 4056/86 - Artículo 86 del Tratado CE (actualmente, artículo 82 CE) - Posición dominante colectiva - Acuerdo entre Administraciones nacionales y Conferencias marítimas que prevé un derecho exclusivo - Conferencia marítima que insiste en la aplicación del Acuerdo - Buques de lucha - Descuentos de fidelidad - Derechos de defensa - Multas - Criterios de apreciación. Asuntos acumulados C-395/96 P y C-396/96 P. Recopilación de Jurisprudencia 2000 página I-01365

Resoluciones:

Resolución 326 solicitud de Colombia para la aplicación de la Decisión 285 a las prácticas de la empresa Pequiven de Venezuela (15 de octubre de 1992)
<http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/ResolucionesJunta/RES326.doc>

Resolución Nº 389 (08/05/2000). Por la cual se declara la improcedencia de la solicitud de inicio de investigación, por supuestas distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas a la libre competencia, interpuesta por el Gobierno de Bolivia contra Del Llano S.A. <http://www.comunidadandina.org/normativa/res/r389sg.htm>

Resolución 391 Solicitud de IMEZUCAR S.A., de Venezuela, para la imposición de medidas correctivas a la importación de azúcar, para corregir las distorsiones generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia
<http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/ResolucionesJunta/RES391.pdf>

Resolución 420, 01 de agosto de 1996, Investigación solicitada por la empresa IMEZUCAR, por supuestas prácticas restrictivas de la libre competencia.

Resolución 484 Solicitud de la empresa Polipropileno Biorientado (BOPP) del Ecuador Cía. Ltda. para la imposición de medidas correctivas frente a supuestas prácticas restrictivas de la libre competencia.
<http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/ResolucionesJunta/RES484.doc>

Resolución 984 Investigación iniciada mediante Resolución 892, al amparo de la Decisión 285, relativa a la solicitud de la Confederación Nacional de Palmicultores y Empresas de Palma Aceitera del Perú, y de las empresas Industrial del Espino S.A., Industrial Alpamayo S.A., Alicorp S.A. y Ucisa S.A. para la "...aplicación de medidas para corregir perjuicios causados por prácticas restrictivas a la libre competencia"
<http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/resoluciones/RESo984.doc>

Casos:

Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing, 472 U.S. 585 (1985), U.S. Supreme Court, No. 84-510, Argued March 27, 1985, Decided June 19, 1985, 472 U.S. 585
<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/472/585/case.html>

BROOKE GROUP LTD. v. BROWN & WILLIAMSON TOBACCO CORP. certiorari to the UNITED STATES COURT OF APPEALS For the fourth circuit, No. 92-466. Argued March 29, 1993—Decided June 21, 1993
<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/209/>

Caso Cenemosa Expuesto por María Antonieta Magali Rojas, Economista, Gerente dela Sociedad Clasificadora de Riesgos "Clasificadores S&S"

El Caso Colanta presentado por Julio Castañeda Acosta, jefe de división de Libre Competencia del Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia

E.I. DU PONT DE NEMOURS & COMPANY, Petitioner, v. FEDERAL TRADE COMMISSION, Respondent. ETHYL CORPORATION, Petitioner, v. FEDERAL TRADE COMMISSION, Respondent. Nos. 413, 414, Dockets 83-4102, 83-4106. United States Court of Appeals, Second Circuit. Argued Nov. 21, 1983. Decided Feb. 23, 1984.
<http://myweb.clemson.edu/~maloney/424/ethyl.pdf>

Lorain Journal Co. v. United States - 342 U.S. 143 (1951), U.S. Supreme Court, Lorain Journal Co. v. United States, 342 U.S. 143 (1951)
<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/342/143/case.html>

SPECTRUM SPORTS, INC., et al. v. McQUILLAN et vir, dba SORBOTURF ENTERPRISES, certiorari to the United States court of appeals for the ninth circuit, No. 91-10. Argued November 10, 1992—Decided January 25, 1993
<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/506/447/>

Caso Talma presentado por Hugo Gómez Apac, Ex secretario Técnico de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI.

United States v. Aluminum Co. of America, 377 U.S. 271 (1964), U.S. Supreme Court, No. 204, Argued April 23 1964, Decided June 1, 1964, 377 U.S. 271
<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/377/271/case.html>

United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co., 353 U.S. 586 (1957) United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co., U.S. Supreme Court

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA. Santiago - Chile, 30/11/2005. Fallo: 4.762-05.- Tercera Sala. Autos rol Nº 4762-05, recurso de reclamación interpuesto, a fojas 107, Asociación Gremial de Industrias Proveedoras, AGIP A.G. contra de la sentencia definitiva Nº 27/2005 pronunciada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (23/08/2005) a fs. 95. En el fallo que se impugna se desechó el recurso de reclamación de fojas 11, interpuesto por la referida asociación gremial, en contra del Dictamen Nº 1.283, de 30 de enero de 2004, de la ex Comisión Preventiva Central de Defensa de la Libre Competencia. <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/>

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA/Santiago – Chile, 10/01/2006 Fallo: 4.332-2005.- Tercera Sala fojas 775 de estos autos rol C-Nº 11-04, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sucediendo a la Honorable Comisión Resolutiva que reglaba el texto original del D.L. 211 de 1.973 y que fue reemplazada por la ley 19.911 (D.O. 14 de noviembre de 2.003), decidió acoger la denuncia interpuesta por INTERNACIONAL TOBACCO MARKETING LTDA. (Philip Morris) en contra de la COMPAÑÍA CHILENA DE TABACOS (Chiletabacos), por incurrir esta denunciada en conductas contrarias a la libre competencia, consistentes en la imposición de barreras artificiales a la entrada de un nuevo competidor, en su papel de actor dominante en el mercado, ordenándose a esta última empresa cesar en dichas conductas. <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/>

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA/ Santiago- Chile, 11/07/2011 Fallo: 7.500-2010. Tercera Sala. Autos rol Nº 7500-2010/ demandante "Comercial Arauco Limitada", propietaria de "Supermercados Único", y por una de las demandadas, "Distribución y Servicio D&S S.A." ("D&S"), en contra de la sentencia de 08/09/2010, dictada a fojas 2498 por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/>

Expediente Nº DE-01-2006-I y acumulados, México Distrito Federal, 14/01/2010, Productora y Comercializadora de Televisión SA de CV. <http://www.cfc.gob.mx:8080/cfcresoluciones/Docs/INVESTIGACIONES/V124/18/1287701.pdf>

Expediente DE-07-98 México, Distrito Federal, 25/05/2000. Comisión Federal de Competencia, la empresa Avantel, S.A. (Avantel), presentó denuncia en contra de la empresa Teléfonos de México, S.A. de C.V. (Telmex) <http://www.cfc.gob.mx:8080/cfcresoluciones/DOCS/INVESTIGACIONES/V123/16/1283959.pdf>

Expediente DE-22-2007 y acumulado, México, Distrito Federal, 25/04/2013. Comisión Federal de Competencia, la empresa Telecable Centro Occidente (TCCO), presentó denuncia en contra de la empresa Grupo Televisa, SAB. y otros. <http://www.cfc.gob.mx:8080/cfcresoluciones/docs/Asuntos%20Juridicos/V72/6/1744134.pdf>